

La Pension Alimentaire au cas de Divorce et de Séparation de Corps

Comparaison - Différences

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Mai 1939, à 14 heures

PAR

Antoinette BLÉRIOT

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. HAMEL, Professeur

Suffragants : MM. MOREL, Professeur
MAURICE PICARD, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1939

La Pension Alimentaire au cas de Divorce et de Séparation de Corps *Comparaison - Différences*

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Mai 1939, à 14 heures

PAR

Antoinette BLÉRIOT

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. HAMEL, Professeur

Suffragants : MM. MOREL, Professeur
MAURICE PICARD, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

—
1939



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

I. — CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

*« Le divorce, comme la séparation de corps,
sont de lamentables extrémités, une triste
fin à d'exquises espérances. »*

Discours de M. Léon Renault
à la Chambre des Députés
le 13 Juin 1882

L'obligation alimentaire ou devoir de secours entre époux pendant le mariage, est aujourd'hui fondée légalement sur deux textes, les articles 212 et 214 du Code civil qui ont ainsi reconnu et sanctionné l'obligation morale de conscience dérivant de la solidarité et de l'affection conjugales.

L'article 212 dispose : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. » Quant à l'article 214, récemment modifié par la loi du 18 février 1938 (1) portant réforme des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, il est rédigé dans les termes suivants : « Le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état... (2). »

(1) Journal Officiel du 19 février 1938. D. 1939.4.1 et s. et le commentaire de M. Nast.

(2) Le législateur a également transposé dans le nouvel art. 214, avec quelques modifications de forme et de fond, les art. 7 à 10 de la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage.

C'est en effet à la famille qu'incombe en premier lieu, dans la gradation des sujets passifs de l'obligation alimentaire, l'accomplissement de ce devoir, la société n'en étant tenue que d'une façon subsidiaire, lorsque le groupe familial n'est pas en mesure d'y satisfaire (3).

Le devoir mutuel de secours dans la famille est à son tour plus ou moins étendu et embrasse un nombre de personnes d'autant plus considérable, qu'on se fait une conception plus élevée de cette solidarité nécessaire qui est le ciment des foyers. Il embrasse en tous cas certainement les époux, dont l'union constitue la base fondamentale de la famille, et leur exclusion se révèle impossible, étant donné la nature même du mariage actuel.

C'est, en effet, dans l'étroitesse de l'union conjugale

La suite de l'article est ainsi conçue : « Sur les biens dont elle a l'administration, la femme doit contribuer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs, sauf dans les cas prévus aux art. 1537 ou 1575 où la contribution de la femme est fixée sur les bases établies en ces articles.

Faute par l'un des époux de remplir son obligation, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix, l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires, du produit du travail, ou des revenus de son conjoint, une part proportionnée à ses besoins.

Les époux seront appelés devant le juge de paix, par une lettre recommandée du greffier indiquant la nature de la demande.

Ils devront comparaître en personne, sauf en cas d'empêchement absolu et dûment justifié.

La signification du jugement par l'époux qui l'aura obtenu, à son conjoint et aux tiers débiteurs, lui vaut par elle-même attribution des sommes saisies.

Les jugements ainsi rendus seront exécutoires par provision, notwithstanding opposition ou appel.

Une nouvelle décision peut toujours être provoquée, si un changement de situations respectives le justifie. »

Par contre, le devoir de cohabitation imposé à la femme par l'ancien art. 214, est maintenant énoncé dans le nouvel art. 213 C.civ.

(3) Cette gradation de la famille et de l'Etat social est d'ailleurs naturelle, puisque l'obligation de secours dérive de la solidarité, et que la solidarité sociale existant entre sujets d'un même gouvernement est certainement moins étroite que la solidarité familiale reposant sur les liens du sang, de l'alliance et de l'affection.

et l'intimité de ses liens, accentuée par le Christianisme : « *Et erunt duo in carne una* (4) » que se trouve le fondement moral du devoir de secours entre époux. Ce devoir est pour eux une loi de conscience immuable, indépendante des lois humaines, essentiellement contingentes et variables, qui ne peuvent que la reconnaître et la sanctionner.

Mais, si telle apparaît l'obligation alimentaire entre époux durant le mariage, avec la consécration législative qu'ont apportée à ce fondement moral, les rédacteurs du Code civil (art. 212 et 214), une question des plus importantes, tant au point de vue doctrinal que pratique, se pose. Quels effets produiront sur cette obligation, soit la rupture complète et définitive de l'union conjugale, soit le simple relâchement des liens du mariage ? Nous voulons parler du divorce et de la séparation de corps.

L'objet de cette thèse est précisément d'envisager dans une étude comparative, les différences qui existent entre l'obligation alimentaire entre époux après divorce, et la dette alimentaire entre conjoints après séparation de corps. Mais le simple énoncé de ces deux institutions éveille immédiatement dans l'esprit, l'idée d'une modification au contrat, intangible et sacré dans son principe, par lequel les époux se sont originairement unis. Comment le législateur a-t-il donc été amené à bouleverser les effets juridiques de la société conjugale, avant son terme normal, la mort de l'un des conjoints ?

Un jurisconsulte romain qui vivait au temps de Septime — Sévère et de Caracalla, Modestin, définit ainsi le mariage : « *Nuptiae sunt conjunctio maris et faeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* (5). » Tous les commentateurs ont admiré cette éloquente définition où semble avoir passé un souffle de l'esprit chrétien. Le « *consortium omnis vitae* » n'est-il pas,

(4) St Mathieu, ch. XVI, V, 17.

(5) L I XXIII, III.

en effet, le mariage indissoluble ? Le législateur moderne a consacré, à son tour, en principe, la perpétuité de l'union matrimoniale, mais il s'est vite aperçu qu'elle ne constituait qu'un idéal, laissant bien loin derrière lui, les tristes réalités de la vie. Trop souvent noué par des convenances sociales, par le caprice ou le vénal intérêt, le mariage ne l'est presque jamais au nom du seul sentiment qui ait le droit de le former (6). Il en résulte une vie de famille âpre et difficile ; des froissements, des indélicatesses, des manques d'égards fort graves sont les conséquences fatales de ces entraînements passagers ou de ces choix intéressés.

Quand l'union se trouve ainsi rompue en fait, pourquoi ne pas la rompre aussi en droit, et remédier du même coup, d'une façon définitive et radicale, aux infortunes conjugales ? Mais d'autre part, la discorde qui s'est élevée entre les époux peut n'être que passagère ; on doit conserver l'espoir que leur ressentiment s'apaisera, et qu'ils puiseront dans l'affection réciproque qu'ils se sont gardée, la force nécessaire à de mutuelles concessions. Il suffira alors d'organiser à l'essai, non plus la dissolution complète du lien matrimonial, mais le simple relâchement de ce lien.

C'est à cet effet, que les législations de tous les pays, n'osant appliquer dans toute sa rigueur, le principe de l'indissolubilité du mariage, ont admis une ou plusieurs institutions destinées à modifier les effets juridiques de l'union conjugale ou à les anéantir. Celles-là ont relâché le lien, qui n'ont pas cru devoir le rompre ; de là, la séparation de corps ; de là, le divorce.

Le dissentiment et les difficultés ne s'élèvent que sur la question de savoir, si on laissera seulement à la conscience de l'époux outragé, le choix entre les tortures de la cohabitation conjugale et la séparation de corps, ou bien si on lui permettra d'opter entre la cohabitation, la séparation et le divorce.

(6) Le Père Didon, Indiss. et Div. p. 21.

C'est en ces termes mêmes, que s'est posé en France, comme partout ailleurs, le problème des remèdes que nécessitent les unions malheureuses. La solution en est intimement liée à la conception que l'on se fait du mariage. Celui-ci doit-il être assimilé à un contrat ordinaire ?

Si l'on répond par l'affirmative, les conséquences s'en déduisent aisément. La cause juridique des obligations de chaque époux se trouvant dans les obligations de l'autre, l'un d'eux manque-t-il à ses devoirs vis-à-vis de son conjoint, ce dernier pourra s'affranchir des engagements que de son côté, il a pris (7). Seulement, à cette conception purement juridique, s'en opposent deux autres, qui refusent pareillement d'assimiler le mariage à un contrat ordinaire, ce qui ne les empêche d'ailleurs pas d'être entièrement antagonistes : l'une, plus étroite, est en effet sociale ; l'autre, plus large, est individualiste.

La conception sociale distingue le mariage d'un contrat ordinaire, parce qu'il constitue l'essence de la famille, formant elle-même la base fondamentale de la société. Dès lors, se marier, c'est donner contre soi-même des droits, non seulement à celui que l'on a choisi, mais au foyer que l'on fonde, aux enfants qui naîtront et au groupe social tout entier (8) ; c'est s'interdire à l'avance, de ruiner l'œuvre à laquelle on s'engage. Sans doute, la vie peut l'ébranler. La conduite d'un conjoint peut rendre impossible à l'autre la continuation de l'existence commune, et légitimer de sa part, une demande en séparation de corps. Mais jusque dans cette extrémité, la famille subsiste : la séparation de corps, expédient de fait, situation provisoire, sauvegarde l'indissolubilité du mariage, et ne connaît jusqu'à la mort d'un des époux, d'autre issue que la reprise

(7) Une coïncidence complète existe entre cette solution et les règles du Code civil de 1804 tel qu'il est encore en vigueur en Belgique, et s'est appliqué en France jusqu'en 1816.

(8) Gounot. *Autonomie de la volonté*, p.259. — Durkeim, *Revue bleue*, 5 mai 1906.

de la vie conjugale. Elle ne permet ni à l'un, ni à l'autre, d'édifier un foyer nouveau, sur les ruines rendues volontairement définitives du premier. Les droits de la famille l'emportent sur ceux de l'individu (9).

Mais contre cette conception sociale de l'union conjugale, s'élève l'offensive individualiste. Pour elle non plus, le mariage n'est pas un contrat ordinaire, car on ne saurait traiter l'individu comme une marchandise, un objet, dont il est permis de disposer définitivement par convention. L'être humain lui, ne peut s'enchaîner pour toujours. Jusque dans le mariage, le don qu'il fait de lui-même ne doit être que précaire et révocable. Sa dignité et son bonheur le veulent, car si la chaîne lui devient trop lourde, il convient qu'il puisse s'en dégager à son gré. « Les époux ne sont plus que deux associés temporaires, gîtant précairement sous le même toit, à la merci d'un orage, d'une crise, d'un coup de vent qui renversera le nid et en dispersera les passagers habitants ». Telle est la conception individualiste et sa solution libertaire, le divorce (10).

Entre ces trois points de vue, le juriste, le social, l'individualiste, oscillent les institutions modernes, mais à travers leur flux et leur reflux, c'est bien une grande montée d'individualisme qui se poursuit (11). « Jamais, en effet, Cupidon n'a conduit aussi souvent qu'aujourd'hui

(9) La conception sociale du mariage a prévalu en France, de 1816 à 1884. Entre ces deux dates, la séparation de corps fut, en effet, seule admise dans nos lois.

(10) C'est l'idée de la nécessité de sauvegarder jusque dans le mariage, les droits sacrés de l'individu, qui a inspiré la loi du 20 septembre 1792 votée par la Législative et qui a introduit le divorce en France, dans les termes suivants : « La faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte. »

« Il faut accorder, disait encore l'Exposé des motifs, la plus grande latitude au divorce, à cause de la nature du contrat de mariage qui a pour base le consentement des époux, parce que la liberté ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention. » Demolombe, *Traité du divorce*, p. 6.

(11) Savatier, *Le droit, l'amour, la liberté*, p. 7 et s.

à Thémis (12) » ; et c'est presque toujours pour recouvrer définitivement leur liberté, que les époux abordent le seuil de la justice. La possibilité du divorce a, chez trop d'individus, ruiné l'idée du mariage indissoluble (13), alors qu'il n'est et ne doit rester qu'un remède suprême et exceptionnel, applicable seulement dans les cas désespérés. Aussi bien, la séparation de corps que la loi du 27 juillet 1884 a maintenue en France, tout en introduisant pour la seconde fois, le divorce dans nos institutions, montre autant la volonté du législateur de retenir les époux sur la pente dangereuse où ils s'engagent, que son souci maintes fois rappelé, de respecter les convictions religieuses.

Le caractère distinctif de ces deux institutions se dégage nettement de la définition juridique qu'en donnent les auteurs.

Le divorce consiste dans « la rupture d'un mariage valable, du vivant des deux époux (14) ». Cette rupture ne peut être prononcée que par autorité de justice, sur la demande des deux époux ou de l'un d'eux, et pour des causes déterminées par la loi.

La séparation de corps est « l'état de deux époux qui ont été dispensés par la justice de l'obligation de vivre ensemble (15) ».

L'un s'attaque au lien matrimonial lui-même et le

(12) L'expression est empruntée à M. R. Savatier, op.cit., p.1.

(13) M. Labbé se trouvait déjà amené, en 1893, à le définir : « l'établissement, à l'essai, de la vie commune entre un homme et une femme, en vue d'arriver au bonheur, par la réduction des deux caractères à une affection réciproque et commune. » Note ss. Req. 3 janv. 1893, S. 1893.1.225.

(14) Planiol et Ripert, Traité élémentaire de droit civil, I, p.400. Etymologiquement, le mot divortium exprime l'action de deux personnes quittant une route qu'elles suivaient ensemble, pour prendre deux chemins différents où chaque pas les éloigne l'une de l'autre. Nous en trouvons un exemple dans ces vers de l'Enéide :

« *Objiciunt equites sese ad divortia nota*

Hinc atque hinc, omnemque abitum custode coronant. »

V. Virgile, Enéide, liv. IX, v. 379.

(15) Planiol et Ripert, op. cit., I, p.451.

dissout : droits et devoirs de fidélité, d'assistance et de secours disparaissent ; chaque époux est dorénavant maître de sa personne et libre de contracter de nouveaux liens.

L'autre atteint seulement quelques-uns des effets du mariage malheureux et permet aux époux de mener, bien que restant unis, une existence séparée. Mais sous tous autres rapports, et quant au devoir de fidélité, et quant à l'obligation alimentaire, le mariage subsiste sans aucune atteinte.

Le divorce, avons-nous dit, rompt définitivement l'union matrimoniale ; c'est une liquidation complète du passé, une sorte de nouveau point de départ. Les époux deviennent du jour au lendemain, des étrangers l'un pour l'autre. Que leur sort soit identique lorsque les causes de divorce leur sont également imputables, cela se comprend : si la dissolution anticipée du lien conjugal est toujours un malheur, tous deux en sont responsables, et aucun n'est fondé à se plaindre de la rupture d'un contrat qu'il a violé lui-même (16). Mais lorsque l'anéantissement du mariage est dû uniquement aux fautes de l'un d'eux, on conçoit sans peine que cette brusque solution ne soit pas de nature à donner entière satisfaction à l'époux contraint de demander le divorce (17). Il serait véritablement inique que le conjoint qui a méconnu les lois du mariage se vît à jamais libéré de ses obligations, tandis que celui qui s'est efforcé d'introduire au foyer la paix et le bonheur, se trouverait irrévocablement abandonné.

Loin de consacrer une pareille injustice, le législateur

(16) Cf. Cass. 24 nov. 1886, S.1888.1.433 et Rapport de M. le Conseiller Manau.

(17) Dans toute résolution de contrat, le fait de rendre sa liberté à la partie demanderesse, de la délier de ses obligations, ne constitue pas un dédommagement suffisant : « La résolution du contrat ne suffit pas pour désintéresser le demandeur : en reprenant ou en gardant ce qui faisait l'objet de son obligation, il obtiendra souvent moins que ne lui eût donné l'exécution effective du contrat dont il attendait un bénéfice. Pour compenser le préjudice qu'il éprouve par ce gain manqué, il peut obtenir des dommages-intérêts arbitrés par le juge. » Planiol et Ripert, *op.cit.*, II, n° 1317.

a réservé son appui à l'époux qui, selon l'expression poétique de M. Labbé (18) « à la suite de cette tentative avortée, laisse attachés aux épines de la route, des lambeaux de sa chair ».

Il lui a paru tout d'abord équitable de maintenir en sa faveur les avantages stipulés au contrat de mariage (art. 300), mais il n'a pas entendu priver de sa protection, les époux mariés sans contrat, ou dont le contrat ne stipulait pas d'avantages matrimoniaux. Il a également prévu le cas où les avantages stipulés seraient de peu d'importance, et il a envisagé, pour ces diverses hypothèses, la création d'une pension alimentaire, au profit du seul conjoint innocent.

Cette importante disposition est contenue dans l'article 301 du Code civil : « *Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire.* »

L'intention du législateur a donc été de dédommager l'époux innocent du préjudice que lui fait subir la dissolution anticipée du mariage et l'anéantissement complet de ses effets juridiques. Indiquons toutefois dès à présent, que le véritable rôle de la pension alimentaire consacrée par l'art. 301 n'a pas été tout d'abord bien dégagé. On a considéré pendant longtemps, qu'elle poursuivait indistinctement la réparation de tout le préjudice, d'ordre à la fois matériel et moral, qu'a pu éprouver le conjoint innocent. Mais la doctrine contemporaine approuvée par une jurisprudence récente a, dans une interprétation de ce texte, juridiquement plus satisfaisante et plus juste, apporté une heureuse précision au rôle réparateur de la dette alimentaire après divorce.

(18) Labbé, note précitée.

Envisageons maintenant l'effet produit par la séparation de corps sur l'obligation alimentaire entre époux.

Aucun texte du chapitre du Code civil consacré à cette institution ne l'indique expressément (19), mais le silence du législateur à cet égard s'explique sans peine. Nous avons en effet, en rapprochant la définition de la séparation de corps de celle du divorce, fait ressortir la différence fondamentale qui justifie au double point de vue historique et rationnel, leur coexistence dans notre législation.

La séparation de corps ne dissout pas le mariage, elle en relâche seulement les liens. L'homme et la femme séparés de corps conservent avec le titre d'époux, la charge des devoirs essentiellement attachés à cette qualité. Or, comme nous le constatons dès les premières pages de cette étude, il est un effet juridique du mariage qui en constitue non seulement une suite naturelle et directe, mais qui est de l'essence même de cette institution et qui ne saurait disparaître qu'avec elle : c'est le devoir mutuel de secours consacré par l'art. 212 C. civ. Les époux séparés de corps peuvent donc toujours se prévaloir de cette disposition qui, à la différence de l'obligation alimentaire après divorce, garde son caractère de réciprocité. La doctrine et la jurisprudence ont de tout temps admis cette solution.

Mais si telle est la situation commune des deux époux, l'époux innocent, celui qui a souffert des désordres ou des violences de son conjoint, est-il investi d'un autre droit ? Peut-il encore invoquer le bénéfice de l'art. 301 relatif au divorce ?

La tentation est grande en effet, en l'absence d'une disposition expresse applicable à notre cas, d'étendre ce texte à l'époux qui obtient la séparation de corps. La question a été effectivement soulevée par la jurisprudence. Nous l'in-

(19) Le Code civil ne contient qu'un seul article sur les conséquences pécuniaires de la séparation de corps : Art. 311, al. 1. « La séparation de corps emporte toujours la séparation de biens. »

diquons seulement ici, nous réservant de la résoudre en temps voulu.

Il est incontestable que l'institution du divorce, admise aujourd'hui par la plupart des législations modernes, remonte, pratiquée dans des conditions différentes, à la plus haute antiquité. La séparation de corps, infiniment plus récente, n'apparaît point, au contraire, dans les temps anciens, mais elle est bien antérieure au droit moderne. Il convient donc d'envisager dans un exposé historique, les effets respectifs de ces deux institutions sur l'obligation alimentaire entre époux, en relevant au passage les différences qui se manifestaient déjà à ce point de vue particulier.

*
* *

II. — NOTIONS HISTORIQUES

Obéissant à un sentiment de haute moralité, le législateur n'a pas voulu que le conjoint innocent tombât dans le besoin après la dissolution du lien conjugal. Il a consacré en sa faveur, dans l'art. 301 C. civ., le principe d'une compensation légitime qui lui est fournie par l'époux coupable.

On ne saurait cependant considérer cette disposition comme une innovation du législateur moderne. Une rapide étude historique permet au contraire d'en relever l'existence chez tous les peuples civilisés, dès le moment où le mariage fit naître entre époux certaines obligations.

Nous constatons de même, que la jurisprudence, tant ecclésiastique que laïque, a, dès l'apparition de la séparation de corps, et conformément à la notion juridique qu'elle se faisait de cette nouvelle institution, maintenu entre conjoints séparés, le devoir mutuel de secours. L'obligation alimentaire entre époux séparés de corps a donc revêtu dès l'origine, le caractère essentiel qui la distingue encore de nos jours, de la dette alimentaire entre époux divorcés.

DROIT ÉGYPTIEN. — En Egypte, où le mariage n'est considéré que comme un simple fait qui accroît la famille, le mari mécontent peut abandonner sa compagne « comme un ami rompt avec son ami, comme un associé renonce à son association (20) ». Pour parer à cette éventualité, les femmes stipulaient alors certains avantages, comme la reprise d'une dot fictive ou une amende (21).

(20) Marius Fontane, *Hist. univ. les Egyptes*, p.367.

(21) Cauvière, *Le lien conjugal et le divorce*, p.12.

DROIT DE MANOU. — Dans l'Inde, le droit de Manou prévoyait la perte par le mari, coupable d'une répudiation injuste, du tiers de ses biens au profit de son épouse (22).

DROIT GREC. — Deux sortes de divorces existaient à Athènes : le divorce par consentement mutuel, et le divorce unilatéral, requis par l'un ou l'autre des époux, mais la femme qui justifiait d'un renvoi arbitraire de la part de son mari, avait droit, sans que le divorce fût annulé, à la restitution de sa dot et à des aliments durant toute sa vie (23).

DROIT ROMAIN. — Il convient de faire remarquer que la séparation de corps était inconnue à Rome, tout comme elle l'était à Athènes, mais que par contre, deux sortes de divorces y étaient également admises (24). Outre le *divortium bona gratia*, où par consentement mutuel, les Romains connaissaient le *repudium*, ou rupture du lien conjugal par refus de l'un des conjoints de continuer la vie commune.

Le premier n'engageait la responsabilité personnelle d'aucun des deux époux, puisqu'il était consommé d'un commun accord.

Les conséquences pécuniaires du *repudium* sont, au contraire, susceptibles de nous intéresser, puisqu'il y avait toujours, dans cette seconde forme de divorce, un conjoint innocent (celui qui en usait lorsque la conduite de son conjoint l'y obligeait, ou qui le subissait, quand l'autre époux provoquait la rupture du mariage, par pur caprice et sans motif sérieux).

Or, des peines pécuniaires furent toujours la sanction

(22) Cauvière, op.cit., p.20.

(23) Démosthènes c. Néera n°362.25. C'est là du moins l'opinion du savant professeur Wachsumth : *Hellenische alterthümikunde* II, 166, qui l'a puisée dans Hermogène. Elle est combattue par Platner.

(24) Si l'on en croit Plutarque, Vie de Romulus, ch. 3, l'institution du divorce à Rome remonterait au fondateur de cette ville.

attachée au divorce injuste, et le mari qui répudiait sa femme, pour une cause autre que celles prévues dans la loi. était, au dire de Plutarque, frappé par Romulus de la perte de ses biens, dont la moitié revenait à la femme, à titre d'indemnité, l'autre moitié étant déposée sur les autels de Cérès, pour expier l'outrage fait à la déesse protectrice du mariage (25). On a cependant fait remarquer (26) que cette attribution ne pouvait être considérée comme une réparation du tort causé à la femme par la répudiation, puisque celle-ci n'était admise que pour fautes graves de la femme. Cette disposition de la loi avait, dit-on, pour but, de lui assurer des moyens d'existence.

Telle était d'ailleurs l'austérité primitive du foyer romain domestique, que d'après tous les auteurs anciens, le divorce demeura à l'état de droit abstrait dans les premiers siècles de Rome. Mais à la fin de la République, les mœurs se relâchèrent et les divorces, entrant dans la pratique,* se multiplièrent au point de devenir le mode normal de dissolution des mariages. Le législateur intervint alors, désireux d'assurer à la femme divorcée la restitution de sa dot. Deux actions bien distinctes furent créées à cet effet : *l'actio rei uxoriae* et *l'actio ex stipulatu*.

Par *l'actio rei uxoriae* qui tend au même but que la loi de Romulus — et qui, d'après Aulu Gelle, aurait pris naissance lors du premier divorce romain, celui de Spurius Carvilius Ruga en 520 (27) — on voulait éviter que la femme répudiée ne restât à la charge de ses parents ou tombât dans la misère, après avoir apporté sa fortune en

(25) Plutarque, Romulus, 22, rapporté dans les textes de Girard, p.6, note 1.

(26) Cuq, Inst. jurid. des Romains, I, p.493.

(27) Plusieurs auteurs ont essayé de démontrer que ce divorce ne fut pas le premier et qu'il fut précédé, notamment vers 447, de celui de Lucius Antonius, expulsé du Sénat pour avoir répudié sa femme sans l'avis du concilium, et vers 470, de celui de Sempronius Sophus qui répudia sa femme parce qu'elle avait assisté aux jeux publics.

dot à son mari. Sans doute, les jurisconsultes de l'époque classique y voient également un moyen de faciliter les seconds mariages et d'obvier à la dépopulation croissante, mais à l'origine tout au moins, lorsque la qualification d'*univiria* était encore pour la femme un titre d'honneur, l'*actio rei uxoriae* avait certainement un caractère alimentaire (28). Ulpien (29) décide d'ailleurs que le mari, poursuivi par cette action de bonne foi, ne devait pas être condamné à la restitution de la dot en son entier, dans le cas où il se serait ainsi privé des choses nécessaires à la vie. On peut voir dans ces deux dispositions, une survivance au moins partielle, après la dissolution du mariage, du devoir alimentaire réciproque entre époux.

Mais, certaines d'obtenir dans tous les cas la restitution de leurs biens, les femmes s'étaient jetées dans le plus grand désordre (30). On imagina alors de punir celles dont la conduite scandaleuse provoquait le divorce, par la privation totale ou partielle de la dot : le juge de l'*actio rei uxoriae* avait la faculté, en vertu de son libre pouvoir d'appréciation, d'autoriser le mari à opérer des retenues sur le montant de celle-ci.

Une loi restée inconnue — peut-être la loi Julia de adulteriis — vint en fixer d'une façon précise, les causes et le quantum. L'une de ces retenues, la *retentio propter mores*, est particulièrement intéressante au point de vue qui nous occupe. C'était un dédommagement accordé au mari, à raison des torts qu'avait pu lui causer l'inconduite de la femme, et dont l'importance variait selon la gravité de ses fautes : un sixième en cas de *mores graviores*, c'est-

(28) Telle est l'opinion de M. Gide, Du caractère de la dot en droit romain, p. 9. V. dans le même sens, Cuq, op.cit., I, p.493 et s.

(29) L XII, De salut. matrim.; I, 173, De regul jur. et I, 30, De re judic.

(30) Elles comptaient les années par le nombre de leurs maris. Sénèque, De Beneficiis, III, 16.

à-dire d'adultère (31), et un huitième, en cas de *mores leviores* (32).

Parallèlement à la dot et lui servant de corollaire, s'était établie et généralisée peu à peu dans la pratique, vers le iv^e siècle, une coutume que nous retrouvons chez les Germains (Tacite, *de moribus Germanorum*, 18) et d'après laquelle le mari ou un tiers en son nom, faisait une donation à la femme, à l'occasion du mariage. C'est la *donatio ante nuptias* ou *propter nuptias*. Il fut décidé que la femme injustement répudiée reprendrait la dot et la donation ; dans le cas contraire, le mari gardait les deux (33).

Ces peines, assez onéreuses pour le coupable, ayant entraîné la généralisation des mariages sans dot, Justinien décida, après avoir supprimé les *retentiones*, que l'époux qui répudiait sans juste cause, serait condamné à abandonner à son conjoint, à titre d'indemnité, le quart de sa propre fortune sans que cette somme pût dépasser cent sous d'or.

Par la suite, il modifia ces peines dans un sens plus sévère encore. Le mari qui frappe injustement sa femme ne peut plus être répudié par elle, mais il doit lui payer une indemnité équivalente au tiers de la *donatio ante nuptias* (Novelle, cxxvii, c.xiv).

On retrouve incontestablement dans ces diverses dispositions, l'origine historique des idées qui ont présidé à l'élaboration des articles 299, 300 et 301 de notre Code civil. Le parallélisme des deux législations est évident. En

(31) La femme adultère pouvait en outre être condamnée au criminel, à la confiscation de la moitié de cette même dot. La question est discutée de savoir si le mari pouvait cumuler ces deux actions.

(32) Poulle, Le divorcé et les lois des 27 juillet 1884 et du 18 avril 1886, p.61.

(33) Il y a une identité absolue entre cette disposition et l'art.300 C.civ. en vertu duquel l'époux innocent conserve le bénéfice des avantages matrimoniaux.

particulier, l'époux innocent qui invoque l'art. 301, peut obtenir à titre d'indemnité, comme en droit romain, une quotité déterminée des biens de son conjoint.

DROIT MUSULMAN. — La loi de Mahomet autorise le divorce, et celui-ci est très usité chez les Kabyles. Le mari qui veut divorcer dit à sa femme : « Je te quitte pour cent douros » et elle se retire avec cette somme chez ses parents. Celle-ci lui est allouée à titre alimentaire, car si la femme se remarie, elle doit rendre l'argent à son premier époux, mais si elle ne contracte pas de nouveaux liens, elle le conserve en toute propriété pour subvenir à ses besoins (34).

DROIT BARBARE. — Suivant Tacite, les Germains n'admettaient pas le divorce, mais après l'invasion de l'Empire romain, ils en usèrent largement.

Chez les Alamans, le mari peut renvoyer son épouse moyennant une composition de quarante sous, lorsque le mariage n'a pas été solennel, et qu'il affirme avec un certain nombre de cojurateurs qu'il n'a reconnu en sa femme aucun vice (35). Les lois voulaient d'ailleurs que, sauf le cas d'adultère, la femme répudiée eût son existence assurée. Le mari devait lui laisser la maison et tout ce qu'elle contenait. S'il la renvoyait arbitrairement, il devait même lui abandonner l'équivalent du *mundium*, et payer une amende au fisc.

Les lois galloises obligent le mari qui se sépare de sa femme, avant que sept jours se soient écoulés depuis le mariage, à lui rendre sa dot. Après ce délai, il ne doit lui en abandonner que la moitié. Sauf dans certains cas énumérés par la loi (36), la femme perd sa dot si elle quitte son mari.

(34) Daumas, Mœurs et coutumes de l'Algérie, p.229.

(35) Lex Alam. 53. Tissot, Le mariage, la séparation et le divorce, p.103.

(36) Lex Walliae lib. III, tit. 20, c.31.

Chez les Burgondes, le mari qui répudie sa femme sans cause légitime, doit lui restituer son douaire ou même lui en payer le double.

DROIT FRANÇAIS.

I. *Ancien droit.* — Dès le viii^e siècle, le droit canonique s'efforça d'imposer à la législation civile, le principe de la perpétuité du lien conjugal, restauré par le Christianisme, proclamé d'une manière inébranlable par les conciles et, depuis cette époque, appliqué dans toute sa pureté par l'Eglise. Grâce à ses efforts persévérants, il fut enfin, sous Charlemagne, consacré par les lois civiles où il devint absolu.

Cependant, dans certains cas particulièrement graves où la vie commune devenait impossible, l'Eglise avait de tout temps permis aux époux de se séparer. Devenue seule maîtresse des questions matrimoniales, elle allait désormais organiser sous le nom de *divortium quoad torum et mensam* l'institution de la séparation de corps, ce divorce d'un nouveau genre qui respectait le principe de l'indissolubilité du mariage et desserrait la chaîne unissant les époux, sans la briser. Ce n'est cependant qu'au xii^e siècle, croyons-nous, que la notion de séparation de corps va se dégager pleinement, mais dès cette époque, il n'est plus question de rupture du lien conjugal (37).

Au point de vue qui nous intéresse, il faut remarquer que le droit canonique libérait les époux séparés de corps de ce qu'il nommait la *mutuas servitus* (38), ou devoir de

(37) Au xiii^e siècle, Philippe de Beaumanoir, Cout. de Beauvaisis, ch. 57, énumère les causes de séparation mais ne parle plus du divorce. Jehan Bouteiller, au xiv^e siècle, déclare : « Sachez qu'il n'y chet divorce perpétuel, il ne se fait que du lit, car la loi espère toujours qu'ils se retourneront, et ensemble peuvent se remettre sitôt qu'il leur plaît. » Somme rurale. II, VIII, ch. 14.

Enfin le Concile de Trente, au xvi^e siècle, donna au principe de l'indissolubilité une dernière et solennelle consécration.

(38) Hostiensis IV, XIX, De divortiis, n^o 12.

cohabitation et des obligations secondaires qui en dérivent. L'obligation alimentaire était-elle comprise parmi ces dernières ? En d'autres termes, le *divortium quoad torum et mensam* laissait-il subsister le devoir de secours entre époux ?

Gonzales Telles, dans le cas d'une séparation prononcée pour *saevitia*, est très net : il décide que le mari reste tenu de fournir des aliments à son épouse : « *Divortio facto maritum tenetur praestare alimenta uxori...* (39) » Mais dans un jugement de l'Officialité de Cerisy de l'an 1371, nous voyons prononcer pour cause d'adultère du mari et au profit de la femme un « *divortium quoad torum et bona, mutuam servitutem et alimentorum exhibitionem* ». Il faudrait donc conclure de là, que contrairement à ce qu'affirme Gonzales Telles, l'obligation alimentaire ne survivait pas à la séparation de corps, mais il importe de remarquer que les *divortia quoad torum* ne produisaient pas tous nécessairement les mêmes effets. Le juge pouvait décider comme ici, qu'à titre exceptionnel la dette alimentaire ne survivrait pas à la séparation. Ce jugement ne prouve donc pas, à notre avis, que le devoir de secours disparaissait forcément entre époux séparés de corps.

La jurisprudence des Parlements différerait-elle sur ce point de la jurisprudence ecclésiastique (40) ?

Elle posait le principe que les époux séparés de corps se doivent réciproquement des aliments. Le droit alimentaire de la femme qui obtenait la séparation n'a jamais été contesté : « *Le mari doit des aliments à sa femme indigente, lors même qu'elle ne lui a apporté aucune dot, qu'elle est*

(39) Gonzales Telles sur c.1.X. De divortiis IV-XIX, n° 12 in fine.

(40) Notons tout d'abord que la femme seule pouvait demander la séparation. Les causes qui lui permettaient d'agir n'étaient d'ailleurs pas déterminées mais laissées à l'arbitrage et à la prudence des juges. Pothier, Mariage, n° 508.

Le mari se voyait refuser ce droit, sauf au cas d'adultère de la femme. Pothier, op.cit., n° 525.

séparée d'habitation avec lui par autorisation de justice (41). » Mais dans le cas inverse, la question a donné lieu à quelques difficultés, et des exceptions étaient admises. L'obligation du mari cessait, quand la femme était sortie volontairement et par caprice de la maison commune, quand elle se séparait de lui contre sa volonté ou qu'elle s'était rendue coupable d'adultère. La disparition du devoir de secours au cas d'adultère de la femme ne nous paraît cependant pas avoir été consacrée par tous les Parlements. « C'est un principe certain, déclare Ferrière (42) dans son Dictionnaire de droit, que : *pendente accusatione adulterii, uxor ali debet, non item postquam fuit condemnata, etiam si dotem non habeat* ». Lapeyrère (43) exprime la même idée à l'appui d'un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 22 novembre 1668, qui avait obligé le sieur de Jouvenel, Procureur en Guyenne, à verser à sa femme, pendant l'instance d'adultère seulement, une provision de cent cinquante livres : « *Le mary pendant le proces, ou de dissolution du mariage ou d'adultère, écrit l'annotateur, doit néanmoins les alimens à sa femme, lesquels se doivent toujours demander devant le Juge Lay, autre chose sera après le jugement du proces.* » Or, Papon cite dans son Recueil d'arrêts notables des Cours souveraines de France, deux décisions qui se prononcent nettement en sens contraire. Un arrêt du Parlement de Bordeaux du 17 mars 1536 (44) a jugé, que le mari qui réclamait l'adjudication de la dot de sa femme accusée par lui d'adultère, serait contraint « *à sçauvoir, de fournir les fraiz de sa despense et nourriture ; ou bien de consentir à la vente de sa dot, jusques à la somme qui suffira à ceste fourniture* ». Le Parlement de Paris, d'autre part, par arrêt du 31 août 1552 (45), a décidé qu'une femme adul-

(41) Denisart, Collection de décisions, v° Aliments, n° 15.

(42) Ferrière, Dictionnaire de droit, v° Aliments.

(43) Lapeyrère, Décisions sommaires du Palais, v° lettre A.

(44) Papon, Recueil d'arrêts notables des Cours souveraines de France, Tit. 6, liv.24.

(45) Papon, op.cit., tit.9, liv.22.

tère serait enfermée pendant deux ans dans un monastère et y vivrait jusqu'à la fin de ses jours, si à l'expiration de ce délai le mari ne consentait pas à la reprendre, déclarant en outre, qu'elle serait privée de ses droits de douaire, communauté et autres conventions matrimoniales, « *Et néanmoins condamné ledit Galliot (son mari), à payer par chacun an audit Couvent pour le vivre, alimens, et entretenement de sadite femme, la somme de soixante livres Paris., pendant le temps qu'elle demeurera audit Couvent, sauf à augmenter s'il y eschet* (46). »

Il est certain, par contre, que la femme n'était plus tenue de fournir des aliments au mari, lorsque la séparation était motivée par ses débauches ou ses mauvais traitements (47).

L'état dernier de l'ancien droit à cet égard, se trouve résumé dans les débats auxquels donna lieu l'espèce du vicomte de l'Hôpital. Ce dernier réclamait des aliments à sa femme qui, par arrêt du 12 décembre 1755, avait obtenu la séparation d'habitation aux torts de son mari. Cet arrêt avait prononcé, en outre, la révocation de tous les dons et avantages matrimoniaux stipulés au profit de M. de l'Hôpital par contrat de mariage. En cet état, le mari affirmait que sa femme était tenue, nonobstant les circonstances, de subvenir à son entretien, mais contrairement à sa prétention et malgré les arguments invoqués (le demandeur soutenait qu'aucune loi divine ou humaine ne pouvait autoriser une femme riche à refuser de nourrir son mari pauvre). une sentence rendue le 3 juillet 1759 déclara le vicomte de l'Hôpital dépourvu de tout recours contre sa femme. Cependant, sur l'appel interjeté par ce dernier, et en raison de certaines circonstances de nature à appuyer sa demande, la Cour décida, le 28 août 1760, qu'elle pouvait être accueillie.

(46) D'autres arrêts décident, qu'à défaut de monastère qui veuille la recevoir, la femme sera enfermée dans une prison où le mari doit lui fournir « cinq sols par jour pour y vivre ». Parlement de Bordeaux, 30 sept. 1595. Toulouse, août 1741.

(47) Ferrière, op.cit., v^o Aliments.

Nous trouvons dans cette espèce, l'application pratique du principe consacré par la jurisprudence ancienne comme par la jurisprudence moderne : la séparation de corps, à la différence du divorce, ne fait pas disparaître entre époux le devoir réciproque de secours.

II. — *Droit intermédiaire.* — Ce sont les philosophes du XVIII^e siècle qui, les premiers, ont proposé de supprimer l'indissolubilité du mariage. Selon Diderot, le mariage perpétuel est un abus ; « c'est la tyrannie de l'homme qui a converti en propriété la possession de la femme (48). »

La proposition de rétablir le divorce faite par Aubert Dubayet, à la séance du 30 août 1792, ne fut combattue par personne et décrétée le 20 septembre 1792. La nouvelle loi supprimait en même temps la séparation de corps : « A l'avenir, aucune séparation de corps ne pourra être prononcée. Les époux ne seront désunis que par le divorce. » (Art. 7, § 1^{er}).

La situation pécuniaire des époux divorcés y était réglée de la façon suivante :

ART. 7. — Dans le cas de divorce, pour l'un des motifs déterminés, énoncés dans l'art. 4 du § 1^{er} ci-dessus (49), celui qui aura obtenu le divorce sera indemnisé de la perte des effets du mariage dissous et de ses gains de survie, dons et avantages, par une pension viagère sur les biens de l'autre époux, laquelle sera réglée par des arbitres de famille et courra du jour de la prononciation du divorce.

ART. 8. — Il sera également alloué par des arbitres de famille, une pension alimentaire à l'époux divorcé qui se trouvera dans le besoin, autant néanmoins que les biens de

(48) Coulon, Le divorce et la séparation de corps, I, p.171.

(49) Démence, folie ou fureur, condamnation à des peines afflictives ou infamantes, crimes, sévices ou injures graves, dérèglement de mœurs notoire, abandon pendant deux ans, absence pendant cinq ans, émigration.

l'autre époux pourront la supporter, déduction faite de ses propres besoins.

ART. 9. — Les pensions d'indemnité ou alimentaires énoncées dans les articles précédents, seront éteintes si l'époux divorcé qui en jouit contracte un nouveau mariage.

La loi avait donc institué deux pensions distinctes ayant des fondements juridiques différents : d'une part, la pension viagère ou d'indemnité (art. 7), d'autre part, la pension alimentaire (art. 8).

L'existence de la première s'explique par les dispositions relatives à la liquidation des biens appartenant aux conjoints, et qui se révèlent, dans la loi de 1792, nettement défavorables à l'époux innocent. Après avoir posé le principe que les droits des conjoints dans la communauté seraient réglés comme en cas de décès, sauf dans certaines hypothèses où la femme était privée de ses bénéfices (art. 4 et 5) ; la loi décidait, en effet, que tous les droits matrimoniaux emportant gain de survie (tels que douaire, augment de dot ou agencement, droit de viduité, etc.) seraient dans tous les cas de divorce éteints et nonavenus, ainsi que les dons mutuels consentis depuis le mariage et avant le divorce. La réciprocité des déchéances que notre Code civil n'a pas consacrée (V. art. 299 et 300) légitimait donc la **création d'une pension d'indemnité**, allouée au seul conjoint innocent, à titre de compensation, lorsque la dissolution anticipée du lien conjugal était basée sur des faits graves incriminables à l'autre époux.

En outre, la loi maintenait comme en cas de séparation de corps, l'obligation alimentaire réciproque entre époux divorcés. L'époux coupable qui se trouvait dans le besoin pouvait, à ce titre, obtenir une pension alimentaire sur les biens de son conjoint fortuné.

Les deux pensions s'éteignaient en cas de nouveau mariage. L'époux remarié puisait en effet dans cette seconde union, d'une part, les ressources nécessaires à sa subsistance, d'autre part, de nouveaux avantages matrimoniaux.

III. — *Code civil.* — Il n'est pas sans intérêt pour nous d'étudier les travaux préparatoires qui ont donné naissance à l'art. 301, car nous aurons à nous y référer dans l'examen des discussions qu'a suscitées son interprétation.

Le premier projet de Code civil présenté par Cambacérès à la Convention nationale (50), consacrait au Titre VI, § 3, art. 18, le principe d'une pension alimentaire réciproque, mais supprimait la pension d'indemnité instituée par la loi de 1792 : « Dans le cas du divorce, si l'un des époux est dans l'indigence, l'autre est obligé, s'il le peut, à lui fournir les aliments qu'il est hors d'état de se procurer. Cette obligation cesse lorsque celui-ci a contracté un autre mariage. » Il n'y était fait aucune allusion à la séparation de corps.

Le second projet (51) ne mentionnait aucune pension et contenait ce seul article sur les effets du divorce : « Toute stipulation d'avantages singuliers ou réciproques entre les époux est anéantie par le divorce. » (Titre VII, art. 54).

Enfin, son troisième projet (52) condamnait formellement la séparation de corps : « Aucune séparation de corps ou de biens ne pourra être prononcée. » (Titre VII, § 1^{er}, art. 329.) D'autre part, l'auteur traitait uniquement des déchéances entraînées par le divorce relativement aux conventions matrimoniales (§ 3, art. 360, 361, 362.) Il avait à nouveau abandonné toute idée de pension.

La Commission du Gouvernement consulaire reprit à son tour, au Titre VI du Livre premier de son projet, la question des effets pécuniaires du divorce. Les art. 51 et 52 privaient l'époux coupable des avantages matrimoniaux qui lui avaient été consentis par le conjoint innocent, lequel en

(50) Séance du 9 août 1793. V. Fenet. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, I, p.28.

(51) Séance du 23 fructidor an II (9 sept. 1794). V. Fenet, op.cit., I, p.115.

(52) Au Conseil des Cinq-Cents : 24 prairial an IV. V. Fenet, op.cit., I, p.230 et s.

conservait le bénéfice. Les rédacteurs avaient d'autre part, fait revivre au profit de ce dernier, et à l'exclusion de toute pension alimentaire réciproque, le principe d'une pension unilatérale d'indemnité, soumise au régime juridique suivant : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour indemniser l'époux qui a obtenu un divorce, le tribunal peut lui accorder une pension alimentaire sur les biens de l'époux défendeur, proportionnée aux facultés de celui-ci. Cette pension ne peut être moindre du sixième du revenu de l'époux qui en est chargé, et ne peut excéder le tiers (53). »

Le projet de la Commission ayant été soumis aux Tribunaux (Cours), en vue de recueillir leurs observations, certaines Cours d'appel proposèrent des amendements. La Cour de Rennes, inspirée sans doute par la loi de 1792, § 3, art. 8, désirait que l'obligation alimentaire fût réciproque et limitée au superflu des revenus du débiteur. Cet amendement, dicté par un sentiment de commisération, ne fut pas admis. Il était aussi peu juridique que juste : le mariage est rompu et l'époux innocent mérite seul la pitié (54).

La Cour de Lyon estima qu'il fallait abandonner la fixation du montant de la pension à la sagesse des juges (55).

La Cour de Montpellier posait la question de savoir si le maximum fixé, comprenait ou non la contribution destinée à l'entretien des enfants.

Le Tribunal de Cassation enfin, reprenant en partie les dispositions de la loi de 1792, proposait à nouveau la création de deux pensions, dont le montant serait proportionné aux ressources du débiteur, une pension unilatérale d'in-

(53) V. Fenet, op. cit., II, p. 61.

(54) Il était au surplus inutile : de droit commun les aliments ne sont dus qu'en proportion des facultés de celui qui est obligé de les payer. Ce principe est établi dans toute sa généralité par l'art. 208 C. civ.

(55) Le législateur devait se rallier à son avis en l'améliorant : il fit disparaître le minimum du sixième du revenu de l'époux débiteur mais prévint l'abus que le juge pourrait faire de son pouvoir en accordant une pension trop forte.

demnité, allouée au seul conjoint innocent, et une pension alimentaire réciproque, devant s'éteindre au cas de remariage (56).

L'art. 53 du projet, devenu l'art. 73, fut cependant adopté sous sa forme primitive (séances des 16 nivôse et 22 fructidor an X) (57). Le Tribunat, appelé à donner son avis — selon le processus législatif institué par la Constitution de l'an VIII — proposa d'ajouter à la rédaction : « Cette pension cessera si l'époux divorcé qui en jouit contracte un nouveau mariage (58). »

Après discussion et modification, l'article définitif fut enfin rédigé par le Conseil d'Etat (séance du 20 brumaire an XI) (59), dans les termes où nous le présente le Code civil, et décrété par le Corps législatif (séance du 30 ventôse an XI) (60).

Le texte élaboré par la Commission du gouvernement subissait finalement deux retouches :

1° substitution de la phrase : « insuffisants pour assurer la subsistance de l'époux » à celle du projet : « insuffisants pour indemniser l'époux »;

2° suppression du minimum de la pension fixé au sixième des revenus de l'époux débiteur.

La proposition du Tribunat de faire cesser la pension en cas de second mariage avait été rejetée, mais l'article définitif portait : « Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. »

Les articles du projet de la Commission consacrés à la matière du divorce, ne contenaient pas la moindre allusion à la séparation de corps (61), et ce ne fut pas sans avoir pro-

(56) V. Fenet, op. cit., II, p. 484, art. 72 et 73.

(57) V. Fenet, op. cit., IX, p. 421 et 429.

(58) V. Fenet, op. cit., IX, p. 449.

(59) V. Fenet, op. cit., IX, p. 466.

(60) V. Fenet, op. cit., IX, p. 541.

(61) Tronchet, président de la Commission nous en fait connaître la raison : « Les rédacteurs du projet de Code civil avaient rejeté la séparation de corps parce qu'elle devait être prononcée pour les mêmes causes que le divorce. » (Fenet, op. cit., IX, . 268 in fine). A leurs yeux, elle aurait donc fait double emploi avec cette institution.

voqué de vives discussions, qu'elle fut réintégrée dans le cadre de nos lois. Son rétablissement à côté du divorce, était inscrit dans l'Exposé des motifs présenté par le conseiller Treillard dont l'opinion fut appuyée par Portalis (62). Il avait d'autre part trouvé écho dans les tribunaux (63) et dut son succès, ainsi qu'on l'a observé, « à cet esprit transactionnel dont le Code civil porte de si nombreuses traces (64) ».

Mais la séparation de corps une fois adoptée en principe, personne ne songea à lui fixer d'autres règles que celles posées si laconiquement dans les art. 306 à 311 C. civ. M. Savoye-Rollin n'hésitait même pas à affirmer, dans son rapport au Tribunat (séance du 27 ventôse an XI), que le chapitre y relatif ne donnait lieu à aucune observation (65).

Une réglementation aussi rudimentaire et défectueuse souleva de nombreuses critiques, et lorsque le divorce eut été aboli par la loi du 8 mai 1816, conséquence de la Charte de 1814, un projet concernant la séparation de corps et destiné à pallier à l'insuffisance des six articles du Code civil, fut présenté le 7 décembre 1816 (66). Il comprenait de minutieux détails sur les causes, les formes et les effets de cette séparation, et se composait de 39 articles divisés en 7 titres. L'art. 35 du Titre V, intitulé « Des effets de la séparation de corps » disposait : « La dissolution de communauté opérée par la séparation de corps ne donnera pas ouverture aux droits de survie », et l'art. 36, prévoyant ex-

(62) « Nous avons pensé, disait Portalis dans son Exposé général, que sous des lois qui autorisent la liberté des cultes, il fallait laisser les âmes respirer librement et ne pas placer un homme fidèle à sa religion entre le désespoir et sa conscience ». Locré, Législation civile, commerciale et criminelle de la France, I, p. 332.

(63) Réclamaient la restauration de la séparation de corps à côté du divorce, les juridictions de Montpellier, Toulouse, Nancy, Nîmes et Orléans.

(64) Cabrouet, Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893, p. 4.

(65) Locré, op. cit., V. p. 336.

(66) Locré, op. cit., V. p. 499.

pressément le maintien du devoir de secours entre conjoints séparés, stipulait : « Si les revenus personnels de l'un des époux ne sont pas suffisants pour assurer sa subsistance, le tribunal pourra lui accorder une pension alimentaire qui ne pourra jamais excéder le tiers des revenus de l'autre époux. Cette pension sera révocable ou réductible dans le cas prévu à l'art. 209 du Code civil (67). »

Ce texte, qui empruntait manifestement à l'art. 301 C. civ., la fixation d'un maximum légal, posait donc le principe d'une pension alimentaire réciproque, soumise pour le surplus, au droit commun des créances d'aliments.

La Chambre des Pairs adopta ce projet et le transmit à la Chambre des Députés. Celle-ci le renvoya à l'examen des bureaux, où il est resté. On laissa donc à nouveau, aux tribunaux, la tâche très délicate d'étendre d'une façon générale à la séparation de corps, les dispositions édictées en vue du divorce.

Notons, pour terminer cet exposé historique, que la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce en France à côté de la séparation de corps, n'a édicté, au point de vue qui nous intéresse, aucune disposition nouvelle.

PLAN DE L'ÉTUDE. — Le plan que nous avons adopté est le suivant :

Dans une première partie, nous envisagerons la comparaison des fondements juridiques respectifs de la pension après divorce et de la pension après séparation de corps.

Nous aborderons ensuite, dans une seconde partie, l'examen des différences que présente leur régime juridique.

Nous donnerons enfin dans un appendice consacré au droit étranger quelques notions sur ces deux dettes alimentaires, telles qu'elles existent dans les pays qui admettent à la fois le divorce et la séparation de corps.

(67) Locré, op. cit., V. p. 600.

PREMIÈRE PARTIE

COMPARAISON ENTRE LE FONDEMENT JURIDIQUE
DE LA PENSION ALIMENTAIRE APRÈS DIVORCE
ET LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PENSION
ALIMENTAIRE APRÈS SÉPARATION DE CORPS

A. — RECHERCHE DU FONDEMENT JURIDIQUE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX APRÈS DIVORCE

Le législateur s'est préoccupé d'assurer après le divorce la subsistance de l'époux innocent et lui a reconnu le droit d'obtenir une pension alimentaire. Mais la réglementation qu'il en a édictée dans l'art. 301, se borne à quelques règles positives d'un laconisme excessif : condition d'innocence chez le demandeur, fixation de la pension au tiers au maximum des revenus de l'époux coupable, révocation possible de la pension, dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire.

Rien n'indique en particulier, le fondement de cette pension et n'en précise le régime. La brièveté du texte légal laisse donc dans la plus entière obscurité, la justification du droit octroyé à l'époux innocent. Peut-être le législateur ne s'en faisait-il lui-même qu'une idée confuse, mais alors il n'est pas étonnant que l'application d'une loi ainsi établie, ait donné naissance à des solutions bâtardees dont aucune ne satisfait pleinement l'esprit (1).

Force a été en effet à la jurisprudence, de trancher cette question épineuse et de dégager la nature et le but de l'obligation alimentaire entre époux divorcés.

Quelle est donc la source de cette obligation ? C'est le divorce évidemment, est-on tenté de répondre, puisqu'il classe le passé et marque le point de départ d'une vie nouvelle. Mais c'est peut-être cependant le mariage. Et d'autre

(1) « Le premier devoir du législateur est de résoudre lui-même les questions de principe et de ne laisser au juge que l'application. »
Planiol et Ripert, *op. cit.*, II, N° 1885.

part, la pension de l'art. 301 présente-t-elle un caractère indemnitaire ou alimentaire ?

Ce sont là des questions célèbres qui ont suscité de laborieuses et souvent obscures discussions. De toutes celles-ci, il est heureusement possible, à l'heure actuelle, de dégager certaines idées essentielles, mais il serait très désirable que le problème, après la longue période de tâtonnements nécessaire à la clarification de tout texte obscur, laissât enfin apparaître des principes certains, capables de guider la jurisprudence vers des décisions fermes.

Deux théories célèbres, se partageant les faveurs de la doctrine et de la jurisprudence, se sont affrontées au cours du XIX^e siècle, sur le fondement juridique de la pension alimentaire entre époux divorcés : la théorie de la pension-seccours et la théorie de la pension-indemnité.

Les partisans de la première considèrent, dans cette obligation, la survie après divorce, du devoir de secours entre conjoints établi par l'art. 212 C. civ.

Les partisans de la seconde assimilent, au contraire, la pension de l'art. 301, à une indemnité due par l'époux coupable au conjoint innocent, en vertu du principe général formulé par l'art. 1.382 qui oblige l'auteur d'un fait lésif à en réparer les conséquences dommageables.

Ces conceptions, absolument opposées en principe, conduisent en pratique à des résultats tout à fait différents. On ne saurait donc trop insister sur l'importance de la mission qui incombe aux tribunaux. Il leur faut choisir entre ces deux interprétations, et de leur choix dépendra le régime juridique de notre obligation. Si la pension de l'art. 301 a pour cause initiale le mariage et présente en conséquence un fondement alimentaire, il conviendra de lui appliquer les règles posées par les art. 205 et suivants, C. civ., qui gouvernent les aliments dans notre droit.

Si sa source se trouve au contraire dans le divorce, et si son fondement est indemnitaire, il appartiendra aux juges de se référer, pour en déterminer le régime, aux princi-

pes généraux de la responsabilité civile, résumés dans l'art. 1.382.

Mais concilier les préoccupations doctrinales et les nécessités de la pratique n'est pas tâche aisée. La jurisprudence elle-même, qui accuse un penchant très net pour la seconde de ces théories, a dû, pour pallier aux insuffisances et aux imperfections qu'elle y découvrirait, emprunter nombre de ses solutions à la première.

L'étude et la critique de ces deux notions adverses nous conduiront en effet à la constatation suivante. La pension consacrée par l'art. 301 est d'une nature particulière qui tient à la fois de la dette alimentaire et de l'obligation de réparer le préjudice causé. C'est un droit qui prend sa source dans l'une et l'autre de ces causés. Il convient donc, non pas de se rallier exclusivement aux données de l'une des deux interprétations qui s'opposent, mais d'en extraire leur part de vérité respective. Ce procédé, l'expérience le prouve, est le seul qui permette de dégager une théorie satisfaisante de l'obligation alimentaire entre époux divorcés.

CHAPITRE PREMIER

THEORIE DE LA PENSION-SECOURS ET DU FONDEMENT ALIMENTAIRE DE L'OBLIGATION DE L'ART. 301

La théorie de la pension-secours peut se formuler de la façon suivante. La création du lien conjugal a fait naître entre conjoints, aux termes de l'art. 212 C. civ., une obligation mutuelle de secours et d'assistance. Aussi longtemps que les époux sont unis, il est satisfait à cette obligation par l'utilisation en commun des ressources du ménage. Si l'un d'eux tombe dans le besoin, son conjoint est tenu de lui fournir les ressources nécessaires à sa subsistance.

Or, s'il est équitable de refuser à l'époux coupable, après le divorce, le droit d'invoquer cette prescription de la loi, le législateur a pensé qu'il ne devait pas en être de même à l'égard de l'époux innocent. Il a donc prolongé, à son profit exclusif, le devoir de secours auquel le mariage avait donné naissance et dont il devait normalement bénéficier durant toute sa vie.

L'esprit de l'art. 301 est le suivant : malgré la dissolution de l'union conjugale, celui des époux par le fait duquel cette mesure a été motivée demeure tenu de subvenir aux besoins de son ex-conjoint (1). Le devoir alimentaire survit à la situation matrimoniale qui, tout en ayant cessé elle-même, en demeure la cause initiale. Le fondement juridique de l'obligation de l'art. 301 n'est pas autre chose que la persistance au delà du divorce, du devoir de secours de l'art. 212 C. civ.

(1) Valéry, Note D. 1902.2.25.

SECTION I. — *Ses partisans.*

Le chef incontesté de la théorie de la pension-secours, est un juriconsulte belge, professeur à l'Université de Gand, Laurent, auquel revient le mérite d'avoir développé, à l'appui de cette interprétation, les meilleurs arguments. Mais il convient également de citer parmi les juristes qui l'ont précédé ou suivi : Maleville, Demante et Colmet de Santerre, Iluc et Allemand, commentateurs du Code civil, ainsi que Carpentier, Poulle et Coulon, auteurs de traités spéciaux sur le divorce.

Maleville (2), l'un des rédacteurs du Code civil, s'exprime ainsi à propos de l'art. 301 : « Cet article fait subsister, même après la dissolution du mariage, l'obligation de fournir des aliments que le mariage avait créée, mais aussi il en use avec modération. »

Demante et Colmet de Santerre (3) écrivaient après l'abolition du divorce et avant son rétablissement par la loi Naquet : « Le divorce, en dissolvant le mariage, détruisait évidemment le devoir mutuel de secours et d'assistance, et néanmoins la loi faisait survivre jusqu'à un certain point en faveur de l'époux qui obtenait le divorce, le devoir de son conjoint. Il pouvait donc obtenir sur les biens de celui-ci une pension alimentaire. »

Huc (4) émet une opinion identique : « Il importe de remarquer, déclare-t-il, que l'obligation unilatérale créée par l'art. 301, quoique tout à fait distincte de l'obligation réciproque ayant son principe dans l'art. 212, est cepen-

(2) Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, I. p. 302.

(3) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de droit civil*, I. N° 341.

(4) Huc, *Commentaire théorique et pratique de droit civil*, II, n° 415.

dant un prolongement de cette dernière. C'est parce que le conjoint coupable a *commencé* à être tenu en vertu de l'art. 212 qu'il *continue* à être tenu dans des limites moins larges en vertu de l'art. 301. »

Allemand (5) considère de même la pension de l'art. 301, comme une survivance exceptionnelle « aussi juste que sage » du devoir de secours résultant du mariage.

Mais c'est Laurent (6) qui, comme nous l'avons indiqué, s'élève avec le plus de force contre la notion de pension-indemnité : « Quel est le fondement de la dette alimentaire que la loi impose à l'époux divorcé se demande-t-il ? C'est qu'il ne peut pas par sa faute, se décharger d'une obligation qui dérive du mariage. C'est donc l'obligation de secours établie par l'art. 212 qui subsiste au profit de l'époux innocent. »

Carpentier (7) déclare également : « Nous sommes en présence ici d'une obligation qui dérive du mariage, que la loi classe elle-même sous cette rubrique : « Des droits et des devoirs respectifs des époux. »

Enfin Coulon (8) écrit : « Le lien juridique qui unissait les époux subsiste de la sorte dans une certaine mesure alors même que le divorce a été irrévocablement prononcé. Il disparaît en ce qui concerne la vie commune et la plupart des obligations qui en résultent, mais il se maintient exceptionnellement à certains égards et notamment en ce qui concerne l'obligation alimentaire. »

Nous avons épuisé avec ces citations, la liste des auteurs partisans du fondement alimentaire de la pension après divorce, mais certains arrétistes s'y sont également ralliés, et l'un d'eux a récemment émis en ce sens quelques

(5) Allemand, Traité du mariage et de ses effets, II, n° 1440.

(6) Laurent, Principes de droit civil français, III, n° 311.

(7) Carpentier, Traité théorique et pratique du divorce, n° 372.

(8) Coulon, op. cit., V. p. 228. Cf. p. 224.

vues intéressantes à propos d'une décision de la Cour de cassation du 11 juillet 1937 (9). Partant de l'idée mise en lumière par la doctrine moderne (10), que le préjudice dont l'art. 301 vise la réparation, est exclusivement celui qui résulte pour le conjoint innocent, de l'extinction du droit alimentaire qu'il tenait du mariage, l'arrêtiste poursuit le raisonnement qui ne lui paraît pas avoir été mené jusqu'au bout : « N'apparaît-il pas qu'admettre l'obligation pour l'époux coupable de réparer le préjudice résultant de la disparition par sa faute du devoir de secours, c'est en définitive reconnaître la persistance d'une obligation alimentaire entre époux divorcés ? ... En définitive, il nous paraît y avoir identité essentielle de nature entre le devoir de secours de l'art. 212 et la pension de l'art. 301 ; il s'agit dans les deux cas d'une obligation alimentaire fondée sur l'alliance. La différence n'est qu'accidentelle, car elle ne concerne qu'une modalité d'exécution : exécution en nature d'une part, exécution par équivalent d'autre part. *En un mot, le devoir de secours nous semble se prolonger entre époux divorcés à la faveur d'un aménagement nouveau organisé par l'art. 301.* »

Examinons maintenant les arguments présentés à l'appui de l'interprétation que nous venons d'exposer.

SECTION II. — *Sa justification.*

On a tout d'abord invoqué, pour justifier la théorie de la pension-secours, l'autorité d'un texte législatif la loi du 20 septembre 1792 et les intentions des rédacteurs du Code civil. La loi de 1792 avait institué deux pensions après divorce, dont une pension alimentaire réciproque (art. 8). Or, l'avant-projet présenté par Cambacérès en 1793, montre

(9) Mlle Jeanne Vandamme, Note ss. Civ. 11 janv. 1937. D. 1938. 1. 37. La Chambre civile avait à se prononcer sur la nature de la pension allouée à la femme par le jugement de divorce, pour la durée de la période de liquidation de la communauté.

(10) V. *Infra*, ch. : 3, sect. 1, § 1, p. 88 et s.

que le législateur de 1804 a d'abord entendu reproduire purement et simplement cet article. Il n'a fait ensuite que supprimer, lors des débats, la réciprocité de la pension, mais il en a conservé l'esprit et consacré le principe d'une obligation alimentaire.

La loi est formelle, déclarent d'autre part les partisans de cette interprétation : elle dit « pension alimentaire » et non « indemnité » (11).

Au surplus, ajoute-t-on, l'époux divorcé conserve une qualité indélébile, celle d'ex-conjoint, laquelle, pourvu qu'il soit innocent, constitue la base nécessaire et suffisante de son droit au secours. Et telle est si bien la pensée du législateur qu'il continue à employer dans l'art. 301 l'expression : « les époux... l'époux qui a obtenu le divorce... l'autre époux » indiquant par là, le maintien fictif de cette qualité, pour la continuation du secours alimentaire après divorce.

La pension de l'art. 301 est d'ailleurs destinée à assurer la subsistance du conjoint innocent, et elle est susceptible d'être révisée selon les fluctuations du patrimoine de chacun des époux divorcés. Or, « singulière indemnité, déclare Carpentier (12), que celle qui varierait avec la fortune du débiteur et les besoins du créancier ».

Enfin Coulon (13) tente de réfuter l'objection tirée du caractère unilatéral de la pension, et il invoque, pour prouver que la réciprocité n'est pas de l'essence de la dette alimentaire, l'art. 955 C. civ., qui fournit l'exemple, entre donataire et donateur, d'une obligation de cette nature cependant unilatérale.

Mais c'est le juriconsulte Laurent (14) qui, fervent adepte de cette théorie, présente l'argumentation la plus serrée et les développements les plus intéressants sur le fon-

(11) Pouille, *op. cit.*, p. 255.

(12) Carpentier, *op. cit.*, n° 372.

(13) Coulon, *op. cit.*, V. p. 221.

(14) Laurent, *op. cit.*, III, n° 311.

dement alimentaire de la pension après divorce : « Si c'était une indemnité, écrit-il, l'époux demandeur y aurait toujours droit, qu'il soit dans le besoin ou non, car le divorce lui cause toujours un préjudice. Cependant, il n'y a pas droit s'il n'est pas dans le besoin. Donc ce n'est pas une indemnité. La quotité de la pension est fixée d'après la fortune de l'époux qui la doit. Conçoit-on une indemnité, c'est-à-dire des dommages-intérêts qui sont évalués, non d'après le préjudice souffert, mais d'après la fortune du débiteur. Conçoit-on une indemnité qui ne peut pas dépasser le tiers des revenus du débiteur, bien que le préjudice soit plus élevé ? »

L'indemnité est une somme accordée en réparation d'un préjudice subi ; elle n'a d'autre facteur de détermination que l'étendue réelle de ce préjudice. Si tel était le caractère de la pension dont parle l'art. 301, le juge devrait donc se prononcer, sans se préoccuper de la situation respective des deux parties en cause.

« Enfin, si c'était une indemnité, continue Laurent, la créance une fois évaluée entrerait dans le patrimoine du créancier, et il ne pourrait plus en être privé. Cependant la loi déclare que la pension alimentaire est révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Conçoit-on une indemnité due à raison d'un préjudice qui cesse d'être due quand le créancier n'est plus dans le besoin ? La révocabilité de la pension prouve à l'évidence qu'il s'agit d'aliments et non d'indemnité. »

Comment cette disposition peut-elle en effet se concilier avec l'idée d'indemnité, puisque celle-ci demeure irrévocablement acquise à la victime de l'acte dommageable, quelle que puisse être sa situation pécuniaire ?

Tels sont les divers motifs invoqués à l'appui de la théorie de la pension-secours.

SECTION III. — *Ses conséquences.*

Les conséquences de la survie du devoir de secours sont des plus importantes, au point de vue du régime juridique applicable à la pension alimentaire entre époux divorcés.

1. *La pension ne peut être allouée que pour des besoins existant au jour du jugement de divorce.*

L'époux bénéficiaire du divorce ne peut obtenir une pension, que sur la preuve de l'existence de ses besoins au moment de la prononciation du divorce, ou tout au moins au jour où le jugement est devenu définitif. Il faut qu'à cette date, sa subsistance ne soit assurée, ni par ses ressources personnelles, ni par les avantages qui peuvent lui avoir été faits. Les juges saisis d'une demande de pension alimentaire doivent donc, pour en apprécier le bien-fondé, vérifier la situation respective des parties au moment où le jugement a été prononcé, et rejeter celle de l'époux dont l'indigence n'est survenue que postérieurement au divorce.

Telle est l'opinion de Huc (15), qui appuie cette condition d'obtention de la pension sur le raisonnement suivant : « Nous avons dit que la créance alimentaire naissant de l'art. 301 était en quelque sorte le prolongement de la créance de même nature ayant sa source dans l'art. 212, mais pour que ce prolongement puisse être admis, malgré la prononciation du divorce, il faut qu'à ce moment les besoins du conjoint qui réclame existent. C'est précisément l'existence de ces besoins à cette date qui justifie et explique la continuation dans une mesure restreinte de l'ancienne obligation alimentaire. Or, si à cette date les besoins n'existent pas, il ne peut y avoir continuation ou prolongement de cette ancienne créance. Il s'est produit, suivant l'expression de la Cour de cassation (16), un changement d'état qui fait évanouir l'obligation alimentaire antérieure. »

(15) Huc, op. cit., II, n° 418.

(16) Cass. 24 nov. 1886 précité.

2. *La pension doit être demandée au tribunal au moment de la prononciation du divorce.*

L'obligation alimentaire n'existe qu'entre personnes unies par un lien juridique, généralement la parenté ou l'alliance, seule justification et seule raison d'être d'une créance de cette nature. Pour que le tribunal puisse faire droit à la demande de l'époux innocent, il faut non seulement, que l'alliance, base de l'action, ait existé au moment où les besoins du demandeur ont pris naissance, mais encore qu'elle subsiste au moment où le juge prononce, car il ne saurait plus être question du maintien de l'un des effets du mariage après le divorce, puisque par celui-ci le principe de dissolution aura irrévocablement agi (17).

Cette seconde conséquence n'a cependant pas été uniformément dégagée par tous les auteurs qui admettent la survie du devoir de secours. Laurent (18) déclare bien que : « C'est lors de l'admission du divorce que le tribunal pourra accorder à l'époux qui a obtenu le divorce une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux. Une fois le divorce prononcé, les époux deviennent étrangers l'un à l'autre, ils ne se doivent plus de secours donc l'époux qui a obtenu le divorce sans faire fixer sa pension alimentaire ne peut plus la réclamer après que le divorce est prononcé. »

Mais tel n'est pas l'avis de Carpentier (19). Il décide au contraire que la pension peut être fixée pour la première fois après le divorce : « Nous basons notre décision, écrit-il, sur cette observation générale que ce ne sont pas les jugements qui créent le droit à la pension ; que ce droit préexiste au premier de tous, à celui qui prononce la dissolution du mariage ; qu'ils ne peuvent donc que la reconnaître et la sanctionner. »

(17) Coulon, op. cit., V. p. 233. — Goirand, Traité pratique du divorce, p. 215. — Poulle, De l'obligat. aliment. en mat. de divorce et de séparation de corps, p. 9.

(18) Laurent, op. cit., III, n° 311. Cf. Maleville, op. cit., I, p. 265.

(19) Carpentier, op. cit., n° 370.

Il est curieux de constater que Huc (20) tire une conclusion identique d'un raisonnement diamétralement opposé : « Tant que le divorce n'est pas prononcé, le demandeur ne peut se prétendre créancier en vertu de l'art. 301. On ne peut donc l'obliger, sous peine de déchéance, à faire valoir une créance qui n'existe pas encore. Il ne devient en réalité créancier que par le fait du jugement qui prononce le divorce. Or, l'art. 301 dit que c'est l'époux qui a obtenu le divorce qui pourra obtenir une pension. En demandant cette pension après que son titre à l'obtenir a été créé, l'époux dont il s'agit ne se place donc en dehors ni de l'esprit ni de la lettre de l'art. 301. »

C'est toutefois l'opinion de Laurent, qui nous semble s'accorder logiquement avec la notion de pension-secours. Si le législateur a autorisé le juge à maintenir le lien juridique du mariage, en tant qu'il sert de base à l'obligation alimentaire, il faut que le tribunal prononce avant la rupture de l'union conjugale, puisque, ce moment passé le mariage disparaît dans son intégralité, avec toutes ses conséquences qui n'ont pas été expressément mentionnées dans la loi ou réservées par le juge.

3. La pension est due par l'époux coupable, même si le conjoint créancier a des parents qui doivent subvenir à ses besoins en vertu des art. 205 et suivants C. civ.

Cette solution s'impose si on estime que la pension de l'art. 301 possède un fondement alimentaire (21).

Durant le mariage, le devoir de secours réciproque pesait en première ligne sur les époux (22) ; l'un d'eux n'aurait

(20) Huc, *op. cit.*, II, n° 417.

(21) Une solution identique découle de la notion de pension-indemnité pour ce motif que la victime d'un acte dommageable a le droit d'en obtenir réparation, indépendamment de toute autre considération.

(22) La loi a omis d'indiquer l'ordre dans lequel sont tenus envers une même personne les différents débiteurs d'aliments. Voici celui qui est généralement admis par les auteurs : 1° le conjoint, 2° les parents

pu renvoyer l'autre réclamer des aliments à ses parents. « Il faut qu'il en soit de même après le divorce, déclare Huc (23), puisque la dette désormais unilatérale de l'époux coupable n'est qu'une sorte de prolongement des obligations qu'il avait contractées en se mariant. »

4. Comme toute pension alimentaire, elle doit être estimée suivant l'état et la condition de celui qui a droit aux aliments.

Lorsque les époux font ménage commun, l'obligation réciproque qui leur incombe de se fournir des secours pécuniaires, en vertu de l'art. 212 C. civ., se trouve réglée par les dispositions légales, relatives aux divers régimes matrimoniaux (24). Mais lorsqu'en cas de mésentente conjugale, le juge est conduit à prolonger le devoir de secours sous la forme d'une pension alimentaire, la quotité doit en être fixée d'après les principes généraux.

L'expression de l'art. 301 « pour assurer la subsistance de l'époux » est, d'après Laurent, synonyme du mot besoin dont se sert l'art. 205. Or les besoins sont une chose essentiellement relative et doivent être estimés suivant l'état et la condition de celui qui a droit aux aliments, avec cette considération supplémentaire que la loi a entendu conserver à l'époux innocent, la position d'aisance que son conjoint lui avait faite (25). Mais la limite fixée par l'art. 301, au libre pouvoir d'évaluation du juge, met à nouveau aux prises Laurent et Huc.

dans l'ordre où la loi les appelle à succéder, 3° les alliés. — Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des Personnes, III, n° 2045-2046. — Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, VI, n° 12 et V, § 473, n° 13. — Demolombe, *Cours de droit civil*, IV, Du mariage et de la séparation de corps, n° 34. — Surville, *Éléments d'un cours de droit civil français*, I, n° 256. — Beudant, *Cours de droit civil*, I, L'état et la capacité des personnes, n° 373.

(23) Huc, *op.cit.*, II, n° 415. — Cf. Laurent, *op.cit.*, III, n° 309. — Carpentier, *op.cit.*, n° 365. — Coulon, *op.cit.* V, p.244. — Poulle, *Le divorce*, p.255.

(24) Huc, *op.cit.*, II, n° 231. — Beudant, *op.cit.*, I, n° 309. — Aubry et Rau, *op.cit.*, V, p.132. — Laurent, *op.cit.*, III, n° 52.

(25) Laurent, *op.cit.*, III, n° 309. — Huc, *op.cit.*, II, n° 419.

Ce dernier (26), qui semble maintenant préciser sa pensée en ajoutant au principe de survie du devoir de secours l'idée de réparation et d'indemnité, en déduit que le juge ne pourrait pas dépasser le tiers des revenus du débiteur, même si ce chiffre était insuffisant pour subvenir aux besoins du créancier.

Laurent (27) est incontestablement plus logique : « La limite est assez arbitraire, déclare-t-il. Il faut l'interpréter d'après les principes généraux qui régissent les aliments ; si le tiers des revenus était insuffisant pour fournir aux besoins de l'époux innocent, le tribunal pourrait dépasser ce chiffre. Ce que la loi veut, c'est qu'une fois la subsistance assurée on n'excède pas le tiers des revenus. »

Ajoutons que les époux ne peuvent transiger sur le droit qui leur appartient de se réclamer des aliments durant le mariage (28). La pension alimentaire après divorce, simple prolongement de ce droit, ne saurait donc faire elle-même, l'objet d'une transaction valable.

5. *L'époux créancier peut en solliciter l'augmentation. L'époux débiteur peut en demander la diminution.*

La dette alimentaire est essentiellement variable (art. 209) ; elle augmente ou diminue suivant les fluctuations des besoins du créancier et celles de la fortune du débiteur.

Huc (29), qui paraît abandonner l'idée de survie du devoir de secours, nie cependant la possibilité d'une augmentation de la pension : « La circonstance que la loi a admis qu'une telle indemnité serait acquittée sous la forme d'une pension alimentaire, affirme-t-il, ne suffit pas pour rendre la quotité de cette pension variable comme celle des aliments ordinaires. C'est pour cela que la loi s'est bornée à

(26) Huc, op.cit., II, n° 419. — Carpentier, op.cit., n° 368

(27) Laurent, op.cit., III, n° 309.

(28) Baudry-Lacanfinerie et Wahl, op.cit., Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, n° 1272.

(29) Huc, op.cit., II, n° 420.

déclarer qu'elle pourrait être révoquée si elle cesse d'être nécessaire ; elle aurait pu aussi bien ajouter qu'elle pourrait être augmentée le cas échéant. Vouloir comprendre le texte comme s'il contenait cette décision, c'est manifestement ajouter à son contenu. »

Laurent (30), dont Carpentier (31) partage l'avis, s'inspire, au contraire, une fois de plus, des principes généraux : « La loi, dit-il, ne s'explique que sur la cessation de la pension : elle sera révocable, dit l'art. 301, dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Ce n'est donc pas une créance absolue comme les dettes ordinaires. Si elle cesse avec les besoins, pourquoi ne serait-elle pas variable, pourquoi n'augmenterait-elle pas avec ces mêmes besoins et pourquoi ne diminuerait-elle pas si les besoins diminuent (32) ? »

6. *La pension est garantie par l'hypothèque légale de la femme mariée et le délit d'abandon de famille.*

La femme dispose en principe, pour assurer l'exécution des droits et créances qu'elle possède contre son mari, d'une sûreté des plus avantageuses, l'hypothèque légale de l'article 2121 C. civ.

Or, la question a été longtemps débattue en doctrine et en jurisprudence, de savoir si cette sûreté garantit ou non les aliments que le mari peut lui devoir en vertu de l'article 212.

(30) Laurent, op.cit., III, n° 310.

(31) Carpentier, op.cit., n° 370.

(32) Cette solution est-elle bien d'accord avec celle qu'il met en avant lui-même quelques lignes plus haut, lorsqu'il établit que c'est le jugement de divorce et non un jugement postérieur qui doit fixer le droit à la pension ? Le savant auteur se défend par anticipation de tout reproche de contradiction, en disant que le cas où aucune pension n'aurait été fixée lors de l'admission du divorce et le cas où il ne s'agit que de réglementer une pension, précédemment fixée par le tribunal, constituent deux hypothèses différentes :

« Dans la première hypothèse, écrit-il, il est certain qu'il n'y a plus aucun lien entre les époux, ni par conséquent, lieu à une action alimentaire. Mais, dans la seconde hypothèse, il reste un lien entre les époux divorcés, celui de créancier et de débiteur : donc il peut y avoir action du chef des aliments. »

Quelques auteurs l'ont nié, parce que l'hypothèque est destinée à prémunir la femme contre la mauvaise administration de sa fortune, et que la créance alimentaire est étrangère à la gestion des biens, mais la jurisprudence rejette toute distinction, et la question est aujourd'hui tranchée dans le sens de l'affirmative. Pendant le mariage, la femme puise son droit aux aliments dans sa condition de femme mariée, et peut invoquer, pour en assurer l'exécution, la garantie de l'hypothèque légale. Il est donc rationnellement impossible de lui en refuser le bénéfice, après la dissolution du mariage, si l'obligation alimentaire de l'art. 301 n'est que la mise en œuvre du devoir de secours, prolongé en sa faveur, au delà du divorce.

Ajoutons que cette hypothèque doit prendre rang à la date du mariage, puisque la créance alimentaire dérive du mariage lui-même et que la femme ne peut ni la céder ni y renoncer, ni y subroger un tiers (33).

Le droit pénal est également venu apporter au créancier d'aliments, un moyen de protection simple et efficace, qui présente de plus cet avantage de jouer aussi bien au profit du mari que de la femme. Nous voulons parler de la loi du 7 février 1924 (34), relative au délit d'abandon de famille, qui sanctionne aujourd'hui pénalement l'inobservation de l'art. 212 (35).

(33) Notons que la question du fondement juridique de la pension après divorce, a perdu en principe une partie de son intérêt, en ce qui concerne la validité des renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale, depuis le décret-loi du 14 juin 1938 qui a ajouté deux alinéas nouveaux à l'art. 2135 C.civ. V.infra, p. 206 et 207.

(34) Voici en quels termes est conçu l'art. 1^{er} de cette loi : « Sera tenue pour coupable d'abandon de famille et sera punie d'un emprisonnement de 3 mois à 1 an, ou d'une amende de 100 à 2.000 francs, toute personne qui, ayant été condamnée, soit en vertu de la loi du 13 juillet 1907, soit en vertu d'une ordonnance du tribunal ou d'un jugement, à fournir une pension alimentaire à son conjoint, à ses enfants mineurs ou à ses ascendants, sera volontairement demeurée plus de trois mois, sans acquitter les termes de ladite pension... »

(35) Crim. 21 fév. 1925, D. 1925.1.144 ; Paris, 10 mars 1926, D. 1926.2.97.

La pension alimentaire due par l'époux coupable, reposant sur le même fondement juridique, que le droit aux aliments durant le mariage, la logique exige que la sanction pénale dont il est assorti subsiste, après le divorce, au profit du conjoint innocent.

7. *L'époux créancier peut en poursuivre le paiement sur la portion insaisissable des biens de son conjoint.*

Le Code civil a imposé aux époux, dans l'art. 212, l'obligation de se secourir et de pourvoir mutuellement à leur entretien, mais il n'a pas, à vrai dire, juridiquement organisé ce devoir alimentaire qui, dépourvu de sanction efficace, demeurerait à l'état de simple précepte moral. La loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée a complété sur ce point l'œuvre des rédacteurs du Code, en réglementant dans sa seconde partie (art. 7 à 10), incorporée au nouvel art. 214 C. civ. par la loi du 18 février 1938, la contribution des époux aux charges du ménage, et en sanctionnant le défaut d'accomplissement de cette prescription légale. La faculté réciproque de « saisir-arrêter et de toucher » que la loi accorde aux deux époux, en exécution de leur droit alimentaire, porte sur l'intégralité des produits du travail et de tous autres revenus, même sur ceux qui sont insaisissables (36) ; la limitation aux besoins du conjoint ou du ménage est la seule restriction apportée à ce droit.

L'époux innocent, admis à invoquer après le divorce, la survie du devoir de secours, peut donc exercer sa créance d'aliments sur l'ensemble des salaires et revenus de son conjoint. La loi du 4 août 1930 sur les « petits salaires et traitements des ouvriers, employés et fonctionnaires », modi-

(36) Ce n'est d'ailleurs pas une innovation, car les femmes des militaires, marins ou officiers, avaient précédemment le droit de saisir au moins partiellement dans les circonstances prévues par les art. 203, 205 et 214, C. civ., les pensions et retraites pourtant insaisissables de leur mari.

V. *infra*, p. 204.

fiant les lois des 12 janvier 1895 et 27 juillet 1921, lui reconnaît d'ailleurs expressément ce droit. La loi du 14 avril 1924, portant réforme du régime des pensions civiles et militaires, n'a pas spécifié parmi les créances alimentaires qu'elle favorise d'un droit étendue de saisie, celle de l'époux divorcé du pensionné. Celui-ci ne saurait cependant s'opposer aux poursuites de son conjoint sur la portion déclarée insaisissable par la loi. Cette conséquence découle nécessairement de l'identité de fondement juridique des art. 212 et 301.

8. *La pension alimentaire est insaisissable et incessible.*

L'art. 581 (al. 2) C. pr. civ. déclare insaisissables « les provisions alimentaires adjudgées par justice ». On est généralement d'accord pour admettre que cette expression englobe les aliments fournis en vertu des art. 205 et suivants C. civ. L'insaisissabilité vise donc aussi bien la créance alimentaire entre époux durant le mariage, que la pension allouée au conjoint innocent après le divorce.

Comme corollaire de cette insaisissabilité, il nous faut également écarter la compensation légale (art. 1.293, 3° C. civ.).

La pension après divorce est-elle, de plus, incessible ?

D'après MM. Aubry et Rau, pour savoir si un droit est incessible, il faut s'attacher non à son insaisissabilité ou à la prohibition de compromettre à son sujet, mais « à sa nature et à ses caractères, au but dans lequel il a été établi ».

Assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu la pension, tel est l'unique objet des prestations alimentaires. Les aliéner en bloc, afin d'en retirer un capital actuel et disponible, serait les faire servir à un usage auquel la loi ne les a pas destinées. Cette considération nous permet de conclure à l'incessibilité du droit aux aliments, résultant entre époux de l'art. 212 et, par voie de conséquence, de la pen-

sion alimentaire de l'art. 301 qui n'en est que la continuation et la manifestation après le divorce (37).

9. *La pension alimentaire s'éteint*

a) *par le remariage de l'époux créancier.*

Elle devient en effet sans objet, puisque le devoir de secours incombe désormais au second conjoint.

b) *par le décès de l'époux débiteur.*

Cette cause d'extinction se déduit, d'après Laurent, du fondement alimentaire et du caractère personnel de la dette dont est tenu l'époux coupable. Mais il lui faut répondre à l'objection, qu'aux termes de l'art. 301 la pension alimentaire est accordée « sur les biens de l'autre époux », qu'elle doit donc passer avec ces biens aux héritiers du débiteur.

« Nous demanderons, répond Laurent (38), si toute pension alimentaire n'est pas accordée sur les biens de celui qui la doit, par cela même que c'est une dette et que toute dette grève les biens du débiteur ? Donc toute pension alimentaire devrait passer aux héritiers (39). »

(37) La cession à titre onéreux présente seule d'ailleurs un intérêt pratique, car une cession à titre gratuit prouverait à l'évidence que l'époux créancier n'est pas dans le besoin, si bien qu'il suffirait au débiteur de demander en justice la décharge de la pension.

Quant à la cession à titre onéreux, sa nullité résulte non seulement du fondement alimentaire que lui reconnaît la théorie de la pension-secours, mais du risque que courrait l'époux débiteur de se voir à nouveau réclamer une pension, après la dilapidation par le cédant, de la somme versée par le cessionnaire.

(38) Laurent, *op.cit.*, III, n° 311.

(39) Le fondement de la dette alimentaire imposée à l'époux divorcé, ajoute Laurent, se trouve dans l'obligation de secours établie par l'art. 212. « Mais l'obligation ne peut pas avoir plus d'étendue après le divorce qu'elle n'en avait pendant le mariage. La mort met fin aux obligations que le mariage produit ; l'époux survivant ne peut pas réclamer d'aliments des héritiers du défunt, pourquoi l'époux divorcé aurait-il ce droit ? On en chercherait vainement la raison. » Notons que ce dernier argument est aujourd'hui dénué de toute valeur et se retourne contre le raisonnement de Laurent. La loi du 9 mars 1891 est en effet, venue reconnaître au conjoint survivant un droit aux aliments vis-à-vis de la succession du prédécédé.

Huc (40) combat une fois de plus cette argumentation : « Quand on parle, en effet, d'une obligation exécutoire sur les biens, déclare-t-il, alors surtout s'il s'agit d'une obligation qui pourrait être attachée à la personne, on veut dire tout simplement que cette obligation est transmissible et que son exécution pourra être exigée des héritiers appelés à recueillir les biens. »

Cette nouvelle divergence de vues n'est pas faite pour nous surprendre. Il existe, en effet, une intime liaison entre la question que nous venons d'examiner et celle, qui divisait déjà Laurent et Huc, des modifications dont est susceptible la pension après divorce.

Elle ne saurait par contre s'éteindre

a) *ni par la renonciation.*

L'art. 212 C. civ., qui consacre le devoir de secours entre époux, possède comme les art. 205 et suivants, un caractère d'ordre public. L'un des époux ne peut donc renoncer, pendant le mariage, au droit d'invoquer sa créance d'aliments, car il ne saurait, d'une part, renoncer valablement au droit de vivre, et, d'autre part, mettre par son caprice, à la charge de ses parents, une dette qui incombe tout d'abord à son conjoint. Il doit en être nécessairement de même après le divorce, de la pension de l'art. 301, puisqu'elle constitue le prolongement du droit au secours de l'art. 212.

b) *ni par la faillite de l'époux débiteur.*

La dette alimentaire survit en principe à la faillite, car cet événement ne suppose pas toujours la ruine complète, ni même l'insolvabilité du débiteur, mais seulement la cessation des paiements.

La créance alimentaire de la femme qui obtient le divorce, étant la continuation de celle qu'elle possédait con-

(40) Huc, op.cit., II, n° 421.

tre son mari durant le mariage, est réputée avoir pris naissance alors que le lien conjugal subsistait encore et avant la faillite. Elle est donc, à ce titre, opposable à la masse des créanciers du failli.

SECTION IV. — *Critique de la théorie
de la pension-secours (41).*

Le divorce, avons-nous dit, brise définitivement les liens du mariage, et c'est là le caractère essentiel qui le distingue de la séparation de corps. Il substitue une indépendance complète, à l'étroitesse et à l'intimité de l'union conjugale : la puissance maritale, l'incapacité de la femme mariée (dans la mesure restreinte où elle subsiste depuis la loi du 18 février 1938), disparaissent ; chacun des époux cesse de pouvoir faire usage du nom de l'autre ; tous les devoirs réciproques nés du mariage, fidélité, secours, assistance, prennent fin, comme aussi la communauté d'intérêts, qui au point de vue pécuniaire, caractérisait la société conjugale.

C'est à ce principe de dissolution absolue, que les partisans de la pension-secours prétendent cependant apporter une importante restriction : il y aurait au delà du divorce, une persistance du devoir de secours, semblable à celle qui suit le décès, au cas d'insuffisance de l'usufruit du conjoint survivant (art. 205 C. civ.).

L'analogie est des plus discutables. Le droit aux aliments vis-à-vis de la succession du prédécédé apparaît dans l'art. 205, comme un succédané de l'usufruit successoral ; or, le divorce entraîne la disparition des droits successo-

(41) Indiquons immédiatement que nous nous bornerons ici à critiquer le principe de la survie après divorce du devoir de secours entre époux, nous réservant de réfuter les arguments tirés du régime juridique de la pension alimentaire tel qu'il est indiqué par la loi, quand nous étudierons la théorie indemnitaire.

raux qu'assure au conjoint survivant, l'art. 767, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il a été prononcé contre lui ou à son profit. On ne peut donc expliquer ici la survie du devoir de secours, par la vocation successorale réciproque des époux.

Au surplus, comment concevoir que l'effet survive à la cause (42), que l'obligation de secours née du mariage, et qui ne s'explique que par lui, subsiste, quand la raison de son existence a elle-même disparu ?

Les partisans du fondement alimentaire de l'art. 301 ne se laissent pas arrêter par cette considération. Ils en contestent la portée et cherchent à se prévaloir de ce que tous les effets du mariage ne disparaissent pas par sa dissolution, invoquant en ce sens les art. 299 et suivants C. civ. Puisque le lien conjugal reste, même après sa rupture, une cause suffisante de la conservation par l'époux offensé des avantages qui en résultaient pour lui (art. 300), on ne voit pas pourquoi il ne resterait pas aussi la cause de la survivance, pour ce même époux, du droit aux aliments qui constituait l'un de ces avantages.

Ils font observer qu'il n'est pas certain, au surplus, que tout lien disparaisse absolument entre conjoints divorcés, puisque la jurisprudence prolonge après divorce, leurs rapports juridiques, soit en maintenant entre eux l'obligation *in solidum* de fournir des aliments aux enfants nés du mariage, soit en attribuant à l'époux qui s'en voit confier la garde, la pension alimentaire due par l'autre pour leur entretien (43).

Mais il est aisé de se convaincre, que semblable argument méconnaît entièrement, d'une part, la portée de ces articles, et ne tient aucun compte, d'autre part, de la nature réelle du divorce et de ses effets sur le mariage.

L'art. 299 prive l'époux coupable de tous les avantages que son conjoint lui avait faits par contrat de mariage ou depuis le mariage. Comment expliquer cette dis-

(42) De Loynes, Note D. 1908.2.297.

(43) Mlle Vandamme, Note précitée.

position exceptionnelle ? « L'époux coupable, déclare Treilhard dans son Exposé des motifs, s'est placé au rang des ingrats ; il sera traité comme eux ; il a violé la première condition du contrat, il ne sera pas reçu à en réclamer les dispositions. » Il est certain, en effet, que les libéralités entre époux sont consenties *intuitu personae*, en considération de leur rôle dans le mariage, sous la condition que le donataire respectera ses engagements. S'il refuse de remplir ce rôle, pourquoi conserverait-il les avantages qui lui étaient attachés ? Il est donc incontestable, que d'après les termes et l'esprit de la loi, l'art. 299 édicte une pénalité. Or, pour quel motif enlèverait-on à l'époux innocent, le bénéfice des donations que son conjoint a pu lui faire ? Parce que le mariage disparaît, mais il ne disparaît pas par son fait personnel, et le législateur l'a si bien compris, qu'il le maintient dans ses droits (art. 300), non pas en vertu de son titre d'époux que le divorce anéantit, mais parce qu'il a toujours respecté et rempli les devoirs attachés à cette qualité quand il la possédait.

Il est inexact, d'autre part, de fonder sur la persistance d'un lien entre époux divorcés, l'obligation qui continue à leur incomber, de pourvoir à l'entretien de leurs enfants (art. 303). Il suffit d'observer qu'à l'égard de ceux-ci, la dissolution du mariage, si radicale qu'on la conçoive, est impuissante à effacer le passé. Le mariage n'est-il pas seul anéanti, et la qualité de parents que la nature a donnée aux conjoints divorcés n'est-elle pas indestructible ? En rompant le lien qui unissait les époux, le divorce ne rompt pas le lien qui les unit à leurs enfants pour la vie. Devenus complètement étrangers l'un à l'autre, ils conservent, au seul titre de père et mère légitimes, la charge des obligations qui y sont attachées.

Faut-il rappeler enfin que le divorce anéantit le mariage et l'anéantit dans toutes ses conséquences ? Cela est incontestable ; l'article 227 le dit d'une façon formelle : « Le mariage se dissout... 2° par le divorce légalement prononcé. » Et cela est si vrai, que si les époux

divorcés veulent se réunir, une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire (art. 295).

Il est donc bien certain que les rapports et les obligations qui ont existé de par le mariage, disparaissent le jour de sa dissolution. Ce sont les conséquences immédiates et nécessaires du divorce.

Nous ne saurions donc, en ce qui nous concerne, donner notre assentiment à la théorie de la pension-secours, mais il serait injuste de lui dénier toute valeur juridique. Il est certain qu'il existe une affinité entre le droit concédé par l'art. 301 à l'époux innocent, et le droit aux aliments (44). On ne saurait cependant les assimiler sans commettre une grave erreur. La pension après divorce et le droit aux aliments diffèrent par leur nature. Il n'existe aucun lien entre le titulaire de la première et son débiteur, et le droit à la pension naît au moment même où sont brisés ceux qui les unissaient. Le titulaire du second, au contraire, est rattaché à son débiteur par un lien qui constitue la cause génératrice de sa créance alimentaire.

Le succès de la théorie de la pension-secours ne fut pas durable (45). Repoussée par la plupart des auteurs et par la Cour de cassation, elle a cependant inspiré de nombreuses solutions jurisprudentielles, et nous aurons maintes fois l'occasion, dans la seconde partie de cette étude, de constater les emprunts que lui ont faits les Cours et tribunaux, en vue d'assouplir par ses heureuses conséquences pratiques, la rigueur de l'interprétation strictement indemnitaire.

SECTION V. — *Le devoir de secours pendant l'instance en divorce*

Caractère alimentaire de la provision de l'art. 238

Il nous a paru intéressant de placer, à la suite de

(44) V. *infra*, Ch. 3, Sect. 2, § 2, p. 93 et s.

(45) Locré, *Esprit du Code Napoléon* tiré de la discussion, IV, p. 459.

l'étude de la théorie de la pension-secours, quelques observations relatives à la provision alimentaire accordée par justice à l'un des conjoints, pour la durée de l'instance en divorce, afin d'en dégager, par opposition à la pension de l'art. 301, le caractère strictement alimentaire.

L'introduction d'une demande en divorce (ou en séparation de corps. V. art. 307) rend le plus souvent impossible, le maintien de la vie commune. Il faut, dès le début, autoriser les époux à résider séparément (46). Que devient dans ces conditions le devoir de secours ?

Il est évident qu'il ne disparaît pas par le simple effet de la demande, mais il ne peut plus, d'autre part, s'exécuter sous sa forme normale, c'est-à-dire en nature, au domicile conjugal. Les art. 238 et 240 C.civ. prévoient, en conséquence, que des aliments peuvent être accordés à l'un des époux, sur sa demande, pour assurer son entretien.

Cette attribution n'a rien de commun avec celle qui est faite par l'art. 301, à l'époux bénéficiaire du divorce. La prestation à laquelle font allusion les articles précités est une véritable pension alimentaire, c'est-à-dire qu'elle est fondée sur le devoir de secours qui incombe aux époux tant que dure le mariage (47). Il en résulte qu'elle n'est accordée qu'à celui qui en a besoin pour vivre (48), mais

(46) En vertu de la loi du 18 février 1938 qui a modifié l'art. 236 C.civ. et supprimé l'art. 241, la femme peut, comme le mari, choisir librement la résidence qu'elle occupera pendant l'instance. V. Trib. Lyon, 25 février 1938, D.H. 316.

(47) En fait, le plus souvent, c'est la femme qui use du droit de réclamer une pension alimentaire, parce que son mari administre les biens du ménage et en perçoit les revenus. Mais le mari pourrait également avoir recours à une demande d'aliments contre sa femme s'il se trouvait dans la gêne. La question ne peut plus faire de doute, depuis que l'art. 238 modifié par la loi du 18 avril 1886, donne au juge conciliateur, le droit de « statuer sur la demande d'aliments », sans préciser par qui elle peut être formée.

(48) La femme n'y aura donc droit qu'autant que les ressources personnelles dont elle dispose, soit en vertu de son contrat de mariage, soit en vertu de la loi du 13 juillet 1907, ne lui suffisent pas. Ses besoins doivent d'ailleurs être appréciés suivant sa position sociale et son genre de vie accoutumé. Req. 6 juin 1905, S. 1906.1.187.

quels que soient ses torts, puisqu'il s'agit d'assurer sa subsistance pendant le procès.

Il appartient au juge d'en fixer le quantum, d'après les facultés respectives des époux ; essentiellement variable et intermittente de sa nature, la provision alimentaire est susceptible d'augmentation, de réduction et même de suppression pendant la durée de l'instance (49). Elle ne constitue d'ailleurs la sanction du devoir de secours, que si les revenus des propres de la femme et de sa part dans la communauté ne suffisent pas à assurer son entretien. Le mari ne peut jamais, dans ce cas, être constitué créancier pour les mensualités qu'il a payées, car il n'a fait qu'exécuter l'obligation que lui impose l'art. 212 (50). Mais le mari, ayant le plus souvent, en vertu des clauses du contrat de mariage ou de la loi, tout ou partie des revenus de la femme à sa disposition, il se peut que pendant l'instance, celle-ci se trouve dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins, sans être en réalité, dans l'indigence. La provision accordée à la femme ne constitue alors qu'une avance, imputable, en raison de la rétroactivité du divorce, au jour de la demande (art. 252 et 1.445), sur les revenus de ses reprises et de sa part dans la communauté, lors de la liquidation (51).

(49) Orléans, 3 nov. 1889, D. 1889.2.184 ; Trib. Seine, 3 mai 1890, Le Droit, 30 mai 1890 ; Rennes, 3 novembre 1930, Rec. Rennes, 1931.95.

(50) Trib. Seine, 2 mai 1885, Le Droit, 7 juin 1885 ; Grenoble, 10 février 1903, D. 1904.2.470 ; Nancy, 21 février 1903, D. 1904.2.85 ; Req. 20 oct. 1924, Gaz. Pal. 1925.1.32 ; Cass. 9 déc. 1925, Gaz. Pal. 1926.1.31.

(51) Req. 22 juillet 1889, S. 1892.1.405 ; Bordeaux, 16 avril 1895, D. 1899.2.385 ; Req. 9 juin 1896, D. 1899.1.198 ; Req. 2 mai 1925, D.H. 301 ; Civ. 26 juillet 1937, D.H. 453.

Conformément aux règles qui gouvernent les pensions alimentaires, cette imputation ne peut se faire que sur les revenus et non sur le capital des biens rendus à la femme, si bien que le mari gardera définitivement la charge des aliments qui en excèdent le montant.

Civ. 7 janv. 1890, D. 1891.1.256 ; Req. 6 juin 1905 précité ; Req. 2 mai 1927, D. 1928.1.41 et 13 mars 1928, D.H.289 ; Civ. 26 juillet 1937, précité.

La créance d'aliments étant fixée par une décision de justice est garantie par l'hypothèque judiciaire. La femme peut en outre invoquer, pour en assurer l'exécution, le bénéfice de l'hypothèque légale prévue à l'art. 2121, dont le rang remonte au début du mariage. Le refus de paiement constitue le délit d'abandon de famille (52).

Il importe donc de bien délimiter la sphère d'application respective, des art. 238, 240 et 301. Les premiers concernent la pension alimentaire allouée en cours d'instance et jusqu'au jour de la dissolution du mariage, par l'un quelconque des époux à son conjoint nécessaire. Le second vise uniquement la pension servie par l'époux coupable à son ex-conjoint, à dater de la rupture du lien conjugal.

Il convient cependant d'indiquer, que le tribunal a toute liberté pour fixer dans son jugement, la date à laquelle doit commencer le service de la pension après divorce (53). Or, il a parfois usé de cette latitude pour lui assigner comme point de départ, le jour même de la demande en divorce, décidant de ce chef que l'art. 301 est applicable pendant l'instance (54). La Cour de cassation a approuvé cette décision (55).

Les jurisconsultes l'ont justifiée de différentes façons : « Rien ne s'oppose, déclare De Loynes (56), à ce que la pension alimentaire, à raison de la rétroactivité écrite dans l'alinéa 5 (al. 6 actuel) de l'art. 252, ait pour point de départ la demande en divorce. » Gaudemet (57) repousse au contraire cette explication qui a le grave défaut d'appliquer ce texte « à une créance d'indemnité en elle-même

(52) Crim. 23 mars 1928, D. 1929.1.51.

(53) Coulon, op.cit., V, p.226. — Huc, op.cit., II, n° 445.

(54) V. Trib. Toulon, 12 mars 1907 et Cour d'Aix, 1^{er} août 1907, D. 1911.1.26. En l'espèce, le tribunal avait en outre décidé que la pension cesserait d'être due à la liquidation du régime matrimonial.

(55) Req. 15 déc. 1909, D. 1911.1.26.

(56) De Loynes, Note ss. l'arrêt précité.

(57) Gaudemet, Note S. 1912.1.314 ss. l'arrêt précité.

indépendante de la dissolution de la communauté, puisqu'elle a pour principe une faute du mari sans relation juridique avec le régime matrimonial... Ecartant donc ici l'art. 252, déclare-t-il, nous justifierons la rétroactivité au jour de la demande, par la simple considération de l'objet spécial de l'indemnité allouée à la femme. Le préjudice pécuniaire qu'il s'agit de réparer résulte en effet de la rupture de la vie commune qui oblige la femme à subvenir seule à des dépenses d'entretien, auxquelles étaient affectés tous les biens placés sous l'administration du mari. Or, l'existence de ce préjudice ainsi entendu, se conçoit, non seulement depuis le divorce prononcé, mais dès le jour de la demande et pendant toute la durée de l'instance. Le jugement de divorce peut donc légitimement reporter au début du procès, le point de départ de la pension, sans que celle-ci perde pour autant son caractère indemnitaire et se rapproche en rien, par sa nature juridique, de la provision fondée sur le devoir de secours. »

Indiquons, pour terminer, que seuls les termes formels du jugement de divorce autorisent la rétroactivité de l'art. 301, et qu'en l'absence d'une telle décision, la provision alimentaire allouée en cours d'instance, est la simple manifestation du devoir de secours de l'art. 212.

CHAPITRE II

THÉORIE DE LA PENSION-INDEMNITÉ ET DU FONDEMENT INDEMNITAIRE DE L'OBLIGATION DE L'ART. 301.

La conception indemnitaire de la pension après divorce se sépare nettement des principes formulés par la théorie de la pension-secours. Elle se refuse, pour les raisons que nous avons dégagées, à reconnaître en cette obligation la persistance, au delà du divorce, du devoir de secours entre époux, et affirme que le fondement juridique de la pension de l'art. 301, n'est autre que le principe général de la responsabilité civile, consacré par l'art. 1382. La dette alimentaire de l'époux coupable doit être interprétée à la lumière du droit indemnitaire, et constitue une véritable réparation des divers préjudices que cause au conjoint innocent, la rupture du lien conjugal.

SECTION I. — *Ses partisans.*

§ 1. — *La doctrine.*

La théorie de la pension-secours avait paru inacceptable à quelques auteurs anciens qui s'étaient ralliés à la conception indemnitaire : Toullier (1), Arntz (2), Vraye et

(1) Toullier, Le Droit civil français, I, n° 746.

(2) Arntz, Droit civil français, I, p. 296.

Gode (3), Curet (4), Hitier (5), ramenaient déjà l'obligation de l'art. 301 à une simple indemnité, due par l'époux coupable au conjoint innocent, en réparation du préjudice que lui cause la dissolution prématurée du mariage.

Mais la théorie de la pension-indemnité a été, d'une façon générale, adoptée et développée par la majorité de la doctrine moderne. Celle-ci condamne en termes formels le fondement alimentaire de la pension après divorce, et emploie les formules les plus vigoureuses pour exprimer sa pensée.

« Quel est le fondement de l'obligation alimentaire que l'art. 301 crée à la charge de l'époux contre lequel le divorce est prononcé ? écrivent Baudry-Lacantinerie et Chauveau (6). Ce ne peut être le devoir de secours établi par l'art. 212, car le divorce brise le mariage et met fin aux obligations qu'il engendre. La disposition de l'art. 301 a sa source dans le principe consacré par l'art. 1382. La pension alimentaire est allouée à l'époux innocent, à titre de réparation du préjudice que son conjoint lui a causé, en rendant par sa conduite la prononciation du divorce nécessaire. L'époux innocent se trouve privé des ressources sur lesquelles son mariage lui permettait de compter, et puisqu'il en est privé par la faute de son conjoint, il est juste que celui-ci soit condamné à l'indemniser. »

MM. Colin et Capitant (7) déclarent de même : « La base de l'art. 301 doit être cherchée, non dans l'art. 212, mais dans le principe de l'art. 1382. C'est une base délictuelle. La pension alimentaire allouée à l'époux sorti vainqueur de l'instance est la réparation du préjudice injustement subi. »

(3) Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, II, n°697.

(4) Curet, *Code du divorce et de la séparation de corps*, n° 274.

(5) Hitier, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce*, p. 102.

(6) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op.cit.* *Des Personnes*, IV, n° 289.

(7) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, p.367.

La source de la pension de l'art. 301 affirme non moins énergiquement M. Planiol (8) : « Ce n'est plus un devoir entre conjoints puisqu'il n'y a plus de conjoints, c'est l'obligation de réparer pécuniairement les conséquences d'un acte illicite. Cette obligation après le divorce a donc au plus haut degré le caractère d'une indemnité. »

§ 2. — La jurisprudence.

La théorie de la pension-secours rejetée par les auteurs modernes, n'a pas paru davantage acceptable à la jurisprudence, avec raison, croyons-nous. La dette alimentaire entre époux naît avec le mariage et prend fin avec lui. Le législateur n'aurait pu décider le contraire sans violer tous les principes, et l'eût-il voulu, que la jurisprudence aurait le droit, en l'absence d'un texte formel, de substituer à une conception erronée, celle qu'imposent les règles générales du droit.

Le fondement indemnitaire de la pension après divorce est nettement exposé, pour la première fois à notre connaissance, par un arrêt de la Cour d'Aix, en date du 18 janvier 1841 (9), qui s'exprime ainsi : « L'effet du divorce étant de dissoudre le lien conjugal, et les époux divorcés devenant désormais étrangers l'un à l'autre, *ce ne peut être qu'à titre de dommages-intérêts que l'époux demandeur en divorce peut obtenir sur les biens de l'autre époux une pension alimentaire.* »

C'est ensuite la Cour de cassation qui, dans un arrêt

(8) Planiol et Ripert, *op.cit.*, I, n° 1259. — Planiol, Ripert et Rouast. *Traité pratique de droit civil français*, II, n° 637. — Planiol, *Note D.* 1903.1.593. — Cf. Labbé, *Note précitée.* — Massigli, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1894, p.143. — Notes : De Loynes, *précitée.* — César-Bru, *D.* 1898.2.106. — Valéry, *Note précitée.* — Wahl, *S.* 1905.2.57. — Levillain, *D* 1905.2.282. — Naquet, *S.* 1905.1.9.

(9) Aix, 18 janvier 1841, *D* 1842.2.241.

du 12 décembre 1848 (10), marque nettement la ligne de démarcation à établir entre les art. 212 et 301.

Depuis cette date, les recueils de jurisprudence nous offrent une suite ininterrompue de décisions, présentant l'art. 301 comme la traduction, sous une forme spéciale, de l'art. 1382 et de son principe. Les trois éléments exigés pour l'application de ce texte, se trouvent en effet réunis : il existe une faute, cause d'un préjudice.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de Bordeaux du 11 mars 1892 (11), que l'art. 301 n'est qu'une application du principe général de responsabilité de l'art. 1382. »

Et pour nous en tenir aux décisions les plus récentes, nous citerons encore : Civ. 4 novembre 1936 (S. 1937. 1.51) : « Attendu, déclare la Cour de cassation, que l'arrêt attaqué a décidé à bon droit que la pension accordée par jugement à l'époux qui obtient le divorce, n'est aux termes de l'art. 301 que la réparation du préjudice qui lui est causé par la rupture du lien conjugal. »

Trib. Seine 1^{er} juillet 1936 (D.H.467). — Req. 17 décembre 1935 (Gaz. Pal. 25 février 1936), 12 février 1934 (D.H.221), 9 mai 1932 (D.H.330), 27 juillet 1931 (S.1931. 1.374). — Trib. Angers 20 novembre 1930 (Gaz. Pal. 1931. 1.64). — Lyon 26 avril 1929 (Mon. jud. Lyon 17 décembre 1929). — Trib. Seine 28 juin 1926 (Gaz. Pal. 1926. 2.615). — Paris 12 juillet 1926 (Gaz. Pal. 1926.2.574). — Trib. Dijon 25 juillet 1924 (D.H.575).

Notons qu'il ne s'agit toutefois que du premier pas accompli par la jurisprudence dans la voie de la conception indemnitaire. Elle s'est, en effet, attachée à l'idée d'indemnité avec d'autant plus d'énergie, que cette notion conduisait à un certain nombre de solutions heureuses, favora-

(10) Civ. 12 décembre 1848, D. 1852.5, v^o Aliments.

(11) Bordeaux, 11 mars 1892, S. 1892.2.276.

Req. 15 déc. 1909, précité : « La pension constitue une réparation... ». Req. 2 juillet 1913. Gaz. Trib. 25 juillet 1913 : « La pension est attribuée à titre d'indemnité... »

bles aux intérêts du conjoint innocent. Mais il lui est apparu que l'interprétation opposée aboutissait parfois à des conséquences pratiques non moins avantageuses, si bien qu'elle n'a pas eu d'autre méthode que de puiser, tantôt dans une théorie, tantôt dans l'autre.

Un second pas lui a d'ailleurs permis de justifier son attitude, au prime abord, singulière. Il lui a suffi, suivant en cela la doctrine contemporaine, d'approfondir la nature du dommage particulier dont la pension après divorce poursuit la réparation, et d'apporter une précision indispensable à la théorie indemnitaire à laquelle elle demeurerait attachée en principe (12).

SECTION II. — *Sa justification.*

La pension alimentaire après divorce a donc pour objet, d'après les partisans de la conception indemnitaire, de dédommager l'époux innocent, du préjudice que lui cause la disparition des liens du mariage, et s'il nous faut maintenant justifier l'existence de ce préjudice, nous dirons qu'il est aisément vérifiable.

Tout le triste cortège des misères humaines, marquées au sceau du divorce, suite désastreuse de la violation des lois divines et des lois humaines d'une société mieux ordonnée, est en effet pour la victime de cet acte antisocial et antinaturel la réponse de la vie et le bilan de la destruction d'un foyer. Il y a certes pour elle, plus de stations sur le chemin de croix du divorce que sur la route parfois épineuse du mariage.

Dans le domaine moral, d'abord : le cœur humain a soif d'absolu ; il se contente mal de placements à terme, il veut tirer des traites sur la vie. Or, quel est le résultat du divorce, sinon de souffler brutalement sur ces illusions généreuses et de démentir impitoyablement ces espérances

(12) V. *infra*, Ch.3, Sect.1, § 2, p. 90 et s.

d'avenir ? Même quand il a lieu par contentement mutuel, c'est une faillite douloureuse où sombre tout un capital de rêves passionnément aimés. Combien plus douloureux encore apparaît-il, quand un conjoint qui le veut, l'impose à un autre qui ne le veut pas et qui est irréprochable. Est-il supplice plus grand, pour celui qui n'a pas violé la foi jurée, que de perdre l'être qu'il aime, qui s'était engagé pour la vie et avec qui il avait construit tout ce qu'il a de plus cher, et de le perdre, non parce que la mort le lui enlève, mais parce que lui-même préfère un autre homme ou une autre femme, démolit de ses propres mains l'œuvre commune, et prive volontairement de foyer ses enfants (13) ?

On peut supposer aussi que le mariage a fait acquérir au conjoint innocent, une nationalité qui ne lui sera plus à l'avenir qu'une charge dépourvue d'avantages.

Le discrédit notable qui s'attache au divorce dans certains milieux, pour des motifs d'ordre religieux ou moral, l'empêchera souvent de fonder un nouveau foyer et de refaire sa vie.

L'époux qui se trouve contraint de subir ou de provoquer la rupture du mariage, éprouve de ce chef un préjudice moral immense.

Et si nous passons maintenant dans le domaine des intérêts pécuniaires, les conséquences du divorce se révèlent non moins désastreuses. L'époux innocent voit s'évanouir les espérances de position et de fortune que son mariage lui faisait entrevoir. La liquidation du régime matrimonial risque de s'opérer à son détriment (14). Il aura peut-être, en récompense de la régularité de sa vie, la charge honorable, mais onéreuse, de l'éducation des enfants nés du mariage (15). Il se peut qu'il ait abandonné,

(13) Cf. Sávatier, *op.cit.*, p.29.

(14) Si le mariage avait eu lieu sans contrat, l'époux innocent peut perdre la moitié de ses biens, s'il ne possédait en se mariant que des valeurs mobilières

(15) Labbé, note précitée.

pour se marier, une situation qu'il ne peut plus recouvrer. Dans bien des cas, enfin, les épreuves qu'il a subies auront altéré sa santé (16).

Les arguments ne manquent d'ailleurs pas pour démontrer le bien-fondé de la théorie édifiée par la doctrine et la jurisprudence.

C'est tout d'abord, au point de vue historique, l'existence, dans la plupart des législations anciennes, d'une indemnité attribuée à l'époux innocent (17).

L'équité exige, par ailleurs, la réparation par le coupable, du préjudice qu'inflige à son conjoint, la cessation de la vie commune.

De plus, si l'art. 301 reposait sur le même fondement juridique que l'art. 212, il ferait double emploi avec lui, et il serait vraiment étrange qu'il ne fît aucune allusion à ce texte (18).

D'autre part, n'est-il pas placé dans le Code, au Livre I, Titre VI, Chapitre III, sous cet intitulé : « Des effets du divorce » ? C'est donc que le droit qu'il engendre a sa source, non pas dans le mariage, mais dans le divorce (19).

L'examen des travaux préparatoires du Code civil indique nettement, au surplus, l'intention du législateur d'indemniser l'époux bénéficiaire du divorce. Voici en effet comment s'exprimaient les auteurs du projet de l'an VIII, lors de sa présentation :

« L'époux qui obtient le divorce doit conserver, *à titre d'indemnité*, quelques-uns des avantages stipulés dans le contrat de mariage, car nous supposons qu'il ne peut l'obtenir que pour des causes fondées, et dès lors, son action, en mettant un terme à ses maux, lui ôte pourtant son état et laisse conséquemment un grave préjudice à répa-

(16) Valéry, note précitée.

(17) V. Suprà, Notions historiques, p. 18 et s.

(18) Valéry, note précitée.

(19) Valéry, note précitée.

rer (20). » Et l'art. 53 (art. 73 du projet définitif devenu l'art. 301) portait : « Dans le cas où les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour indemniser l'époux qui a obtenu le divorce... » Le mot « indemniser » est ici important, car il montre l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'art. 301.

Mais, pourrait-on objecter, pourquoi ce texte parle-t-il « d'assurer la subsistance » de l'époux innocent, et non plus de « l'indemniser » ? Faut-il y voir l'intention du législateur d'attribuer à la pension un caractère alimentaire ? On peut, au contraire, penser qu'ayant entrevu la nature du préjudice qu'elle a pour objet de réparer, il a entendu mettre à l'avance un frein à la générosité des tribunaux et en restreindre l'allocation, au cas où ce préjudice existe évidemment (21).

Les partisans de la conception indemnitaire tirent encore argument du rejet, lors de l'élaboration définitive de l'art. 301, de l'amendement proposé par le Tribunat, en vertu duquel la pension devait prendre fin si le bénéficiaire se remariait.

L'idée de réparation du dommage ressort nettement enfin, du caractère unilatéral de la pension après divorce. Si cette institution n'est que le prolongement du devoir de secours entre époux, elle doit en conserver, semble-t-il, le caractère essentiel de réciprocité ; l'art. 212 est en effet formel : « Les époux se doivent *mutuellement* fidélité, secours, assistance. » Or, le service de la pension de l'article 301 n'incombe qu'à l'époux coupable. Il y aurait donc à la fois, maintien du devoir de secours et transformation d'une obligation réciproque en une obligation unilatérale. Mais peut-on dire qu'une obligation subsiste, lorsqu'elle

(20) Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, I, p.289.

(21) Cf. De Loynes, note précitée : « La pensée des auteurs du Code est bien de réparer un préjudice. La modification apportée au texte définitif sans aucune explication, l'indication précise du besoin auquel il s'agit de pourvoir, ne changent pas le caractère de cette disposition. »

perd une de ses qualités juridiques essentielles ? Elle disparaît en réalité, pour faire place à une obligation nouvelle.

Si « la pension de l'art. 301 doit être considérée comme réalisant un aménagement de l'obligation alimentaire de l'art. 212, adapté à la situation nouvelle créée par le divorce (22) », il nous paraît précisément que cet aménagement nouveau s'oppose à ce qu'on puisse assimiler la nature juridique des institutions consacrées par ces articles.

On ne saurait davantage justifier l'absence de réciprocité du devoir de secours prolongé après divorce, par l'idée de « dissociation à titre de peine, d'une qualité juridique et de l'émolument attaché à cette qualité (23) ». En faisant intervenir dans l'explication de l'art. 301, les concepts de déchéance et de peine, on introduit en effet, dans l'obligation alimentaire entre époux divorcés, une notion de responsabilité qui ouvre la voie à l'interprétation indemnitaire de cette obligation.

Il nous reste maintenant à réfuter les objections soulevées par les partisans du fondement alimentaire de l'art. 301.

Et tout d'abord l'argument tiré de l'emploi des mots « pension alimentaire » mérite-t-il d'être retenu ? Evidemment non, car rien ne s'oppose à ce qu'une action en responsabilité ait pour résultat de faire mettre à la charge du détenteur, une prestation d'aliments. Il y a là une ap-

(22) Mlle Vandamme, note précitée.

(23) Mlle Vandamme, note précitée. De même que l'indigne, exclu de la succession de son père, pour l'une des causes énumérées par les art. 727 et s., garde néanmoins le droit de venir par représentation à une succession à laquelle ce dernier aurait été appelé s'il avait été vivant, ce qui prouve que l'indigne a conservé la qualité d'héritier de son père, de même « il n'y a nulle incompatibilité entre le fait que l'époux coupable est privé du bénéfice de la pension de l'art. 301 et l'idée que s'il demeure cependant tenu de fournir des aliments à l'époux innocent dans le besoin sur la base de ce même article, c'est en vertu d'un véritable devoir de secours qui dérive de sa qualité d'ex-conjoint. »

plication du principe exigeant que la réparation soit aussi adéquate que possible au préjudice subi (24).

La limitation forfaitaire du montant de la pension s'oppose-t-elle d'autre part, à ce qu'elle soit considérée comme une indemnité ? La loi oblige, en effet, l'auteur de tout dommage à le réparer entièrement (art. 1149 et 1382). Il ne saurait donc être question d'indemnité, dès l'instant où la condamnation à intervenir comporte un maximum qui risque d'être inférieur au préjudice réellement éprouvé par la victime. L'argument est aisément réfuté par M. Valéry (25) : « L'appréciation du dommage causé par le divorce, écrit-il, n'est pas susceptible d'être faite à l'aide des méthodes scientifiques, et elle laisse forcément une très large place à l'arbitraire. Il eût été à craindre que, jouissant à cet égard d'une latitude absolue, les juges, cédant à l'impression fâcheuse causée par la conduite de l'époux coupable, ne se laissassent entraîner à mettre à sa charge une pension si élevée qu'elle aurait constitué une peine plutôt qu'une indemnité. De là, non seulement une violation des principes du droit et de l'équité, mais encore un danger économique sérieux. »

L'art. 301 ne fait d'ailleurs pas figure de disposition exceptionnelle dans notre législation : la loi du 9 avril 1898 ne répare que partiellement le préjudice causé par un accident du travail (26). L'art. 1953 C. civ., complété par la loi du 8 avril 1911, limite à 1.000 francs la responsabilité de l'aubergiste en cas de dépôt nécessaire. Il faut également citer les nombreuses dispositions, limitant la responsabilité de l'administration des postes ou des compagnies de chemins de fer, en cas de pertes ou d'avaries.

Peut-on enfin, tirer un argument décisif, du caractère révocable de la pension après divorce ? Il est, au contraire, possible d'admettre, sans abandonner l'idée d'indemnité, que la pension peut cesser d'être due, si le dommage résultant

(24) Cf. Valéry, note précitée.

(25) Valéry, note précitée.

(26) Cf. Valéry, note précitée.

tant du divorce vient à disparaître : « Si, comme le suppose l'art. 301, les circonstances changent au point que la pension ne soit plus nécessaire, cela ne contredit pas le caractère d'indemnité, remarque M. Labbé (27)... Nous ne quittons pas le terrain du préjudice à réparer, nous proportionnons la réparation au dommage. »

SECTION III. — *Ses conséquences.*

Elles sont, pour la plupart, diamétralement opposées à celles qui découlent de la théorie de la pension-secours.

1. *La pension peut être allouée postérieurement au divorce pour un préjudice existant au moment de sa prononciation.*

L'art. 301 n'assigne en effet, aucun délai, pour l'introduction de la demande de pension alimentaire, et il n'appartient pas au juge d'ajouter arbitrairement une déchéance aux dispositions de la loi. Si la pension est une créance en dommages-intérêts, elle est due à raison du préjudice causé, et le créancier peut, conformément au droit commun, faire valoir cette créance tant qu'elle n'est pas prescrite.

Le texte légal impose lui-même cette solution. En disant que la pension est accordée à l'époux qui « a obtenu » le divorce, il reconnaît que la condamnation à la pension ne peut être que la conséquence de sa prononciation, et dès lors, il importe peu qu'elle soit allouée par le jugement de divorce même, ou par une décision postérieure (28).

2. *La pension peut être accordée pour des besoins nés postérieurement au divorce.*

Si la pension de l'art. 301 est une indemnité, elle pour-

(27) Labbé, note précitée.

(28) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., Des Personnes, IV, n° 290 in fine et 291. — Planiol, Ripert et Rouast, op.cit., II, n° 639. — Cf. Wahl et De Loynes, notes précitées.

suit la réparation du préjudice matériel que la dissolution du mariage a fait subir à l'époux demandeur. Que ce dommage soit immédiat ou non, il est en tout cas la conséquence de la faute de l'époux coupable. Il existe donc, ce lien, entre la faute et le préjudice qui constitue le fondement d'une allocation de dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382.

Cette solution ne fait aucun doute pour MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (29) : « Pour que les dommages-intérêts soient dus, il suffit que le préjudice existe ; la loi n'exige pas qu'il se soit manifesté à une époque déterminée. »

Du reste, aussi bien que sur la question précédente, l'art. 301 ne distingue pas. Il déclare la pension révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ; c'est donc que les faits postérieurs au divorce exercent une influence sur l'existence de la pension. La logique exige qu'ils justifient sa naissance. « Une obligation ne peut d'ailleurs être exercée avant l'avènement de la condition d'où dépend son efficacité ; l'on ne saurait reprocher à l'époux qui a obtenu le divorce de n'avoir pas demandé immédiatement une pension ; il ne pouvait le faire tant qu'il n'était pas dans le besoin, mais il doit pouvoir le faire au moment, quel qu'il soit, où ses ressources deviennent insuffisantes (30). »

L'avis de MM. Colin et Capitant (31) et Planiol (32) est néanmoins tout différent :

« L'indemnité, déclare M. Planiol, est en effet fondée sur le préjudice que cause au conjoint le jugement de divorce, et l'indigence qui survient plus tard ne saurait être prise en considération. »

(29) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op.cit., Des Personnes, IV, n° 291.

(30) Valéry, note précitée.

(31) Colin et Capitant, op.cit., I, p.378.

(32) Planiol, Ripert et Rouast, op.cit., II, n° 639.

Cette divergence de vues s'explique par le principe proclamé en jurisprudence, qu'un préjudice ne peut être mis à la charge de l'auteur d'un acte illicite, qu'autant qu'il constitue une conséquence directe de cet acte (33). Or, ce rapport direct de causalité n'existerait pas, d'après les auteurs précités, entre le divorce et l'indigence survenue postérieurement (34). Nous aurons prochainement à examiner la question, et l'évolution intéressante de la jurisprudence, sur le lien de causalité entre le dommage et la faute, en matière de divorce (35).

3. La pension après divorce ne jouit pas de garanties spéciales.

La femme ne saurait invoquer, pour en assurer l'exercice, le bénéfice de l'hypothèque légale de l'art. 2121. La pension après divorce est, en effet, en tous points étrangère à la gestion de son patrimoine ; c'est une créance en dommages-intérêts qu'elle possède contre son mari, dans les mêmes conditions que contre l'auteur d'un délit quelconque, non pas en qualité de femme mariée, mais en tant que victime d'un acte dommageable.

Et cependant, la jurisprudence n'a jamais hésité, fût-ce au prix d'une contradiction flagrante, avec la notion d'indemnité pure et simple qu'elle adoptait jusqu'à présent, à consacrer la solution contraire (36).

Il nous paraît intéressant de relever contre ses décisions, une objection mise en lumière par M. César Bru (37)

(33) Demogue, *Traité des Obligations*, IV, et les arrêts cités en note.

(34) Cf. De Loynes, note précitée. — Rouast, *Revue critique*, 1928, p. 269.

(35) V. *infra*, Ch.3, Sect.1, § 3, p. 143 et s.

(36) Civ. 25 juin 1895, D. 1897.1.553 ; Paris, 5 juin 1905, D. 1908.2.129 ; Req. 15 décembre 1909, précité ; Cf. Cass. 12 déc. 1921, D. 1922.1.153 (sol.impl.) ; Req. 3 juillet 1928, D. 1928.1.9 ; Bordeaux, 1^{er} mai 1935, D.H. 498° ; Douai, 8 juin 1936, S. 1937.2.60 ; Limoges, 22 janvier 1937, S. 1937.2.185.

(37) César-Bru, note précitée.

et tirée des conditions spéciales d'inscription de l'hypothèque légale : « La pension peut être demandée même après le divorce prononcé. S'il s'est écoulé plus d'un an depuis le divorce, la femme divorcée ne peut plus invoquer son hypothèque légale pour lui attribuer son rang à dater du mariage (art. 8 loi 23 mars 1855). Si la femme obtient sa pension cette année écoulée, lui donnera-t-on une hypothèque légale qui prendra rang à sa date d'inscription ? Mais alors, c'est une hypothèque légale que l'on crée en faveur d'une femme qui n'est plus mariée et parce qu'elle l'a été. Est-ce possible ? Nous ne le croyons pas. Et cependant l'article 301 ne distingue pas entre la pension obtenue au moment de la prononciation du divorce et celle obtenue postérieurement, et si la créance qu'il donne est munie d'une hypothèque légale, elle doit l'être dans les deux cas ; s'il est un cas où l'hypothèque légale ne peut pas naître, c'est qu'elle n'est point faite pour cela. »

Le refus par l'époux coupable de servir à son conjoint la pension de l'art. 301, ne saurait en outre, légitimer une poursuite pour abandon de famille. Cette sanction pénale s'applique, comme nous l'avons déjà indiqué, à l'obligation alimentaire entre époux des art. 212 et 214 C. civ. Mais le tribunal correctionnel est tenu, pour en justifier l'application, de vérifier et d'affirmer l'existence d'un lien de parenté ou d'affinité entre le créancier et le débiteur de la pension. Or, il est manifeste que cet élément fait défaut dans notre hypothèse où la pension, allouée par le jugement de divorce qui consacre au préalable la rupture définitive du lien conjugal, n'est pas attribuée à un conjoint, mais en réalité à quelqu'un qui ne l'est plus. « On ne peut plus dire, comme le constate M. Nast (38), qu'en refusant de payer la pension à quoi il a été condamné au profit de son ex-époux, le débiteur abandonne sa famille. Cette famille n'existe plus. »

(38) Nast, Note D. 1926.2.97, ss. Paris 10 mars 1926. — Cf. Alex. Houel, Note Gaz. Trib. 26 février 1928, ss. Crim. 5 février 1928.

Au surplus, la pension de l'art. 301 constitue une indemnité pure et simple. A ce double titre, l'époux débiteur qui se refuse à exécuter son obligation, commet un délit civil et non le délit pénal d'abandon de famille.

Les Cours d'appel (39) n'ont pas hésité à statuer en ce sens, au lendemain de la promulgation de la loi du 7 février 1924. Cependant, les nécessités pratiques et l'avantage évident de l'application de ce délit à notre hypothèse, tendent à faire prévaloir la solution contraire, tant en doctrine (40), qu'en jurisprudence. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, appelée à trancher la question, a décidé, dans plusieurs arrêts (41), que le divorcé récalcitrant commet le délit d'abandon de famille. L'autorité de ces décisions nous permet de considérer la jurisprudence comme actuellement fixée. Observons toutefois que la Chambre criminelle rapproche ainsi l'art. 301 de l'art. 212 et de la notion de pension-secours.

4. L'époux créancier ne peut pas en poursuivre le paiement sur la portion insaisissable des biens de son conjoint.

Cette solution cède devant l'art. 3 de la loi du 4 août 1930 sur les petits salaires et traitements des ouvriers, employés et fonctionnaires, qui écarte expressément toute limitation, en faveur du créancier de la pension après divorce, mais le fondement indemnitaire de l'art. 301 l'impose au contraire, en l'absence d'une disposition semblable dans la loi du 14 avril 1924 sur les pensions civiles et militaires.

(39) Paris, 10 mars 1926, précité, et 2 déc. 1926, D.H. 1927.40 ; Douai, 27 mai 1927, D. 1928.2.32.

(40) Auteurs favorables à l'application de la loi : Planiol, Ripert et Rouast, op.cit., II, n° 638. — Ripert, Chronique, D.H. 1927.53, et Chronique de la Semaine juridique, 1928, p.377. — Hugueney, Revue pénitentiaire, janv.-avril 1927, p. 119.

(41) Crim. 5 août 1927, D. 1928.1.32 ; 11 février 1928, D.H.201 et 22 juin 1935, D.H.479 ; Solutions implicites : Crim. 23 déc. 1932, D. 1933.1.80, Note Nast ; 29 juillet 1933, S. 1935.1.34 et 19 oct. 1935, D.H.5.

5. *La pension alimentaire est cessible et saisissable.*

D'une part, en effet, le bénéfice d'une indemnité peut toujours être cédé; d'autre part, la quotité de la pension, déterminée en fonction du préjudice éprouvé, peut dépasser de beaucoup le montant de simples aliments (42).

6. *Elle peut s'éteindre par la renonciation,*

car le droit à obtenir réparation d'un acte dommageable ne possède pas un caractère d'ordre public (43).

Elle ne saurait par contre s'éteindre :

a) *ni par la mort du débiteur..*

Ceci résulte de ce que la pension de l'art. 301 constitue une créance d'indemnité, transmissible à ce titre aux héritiers du délinquant. Le texte ne dit-il pas d'ailleurs lui-même que le droit du créancier porte sur les biens de son conjoint, et ces biens ne sont-ils pas destinés à devenir le patrimoine des héritiers ? S'il en était autrement, on se trouverait en présence d'ayants cause qui recueilleraient l'actif sans la charge des dettes (44).

b) *ni par la faillite du débiteur.*

Bien que le failli soit dans l'impossibilité d'opposer à la masse des créanciers, toute dette née d'un acte postérieur au jugement déclaratif de faillite, la femme, créancière de la pension qui lui a été allouée après ce jugement, peut figurer dans la faillite de son mari (45).

En effet : « lorsque les magistrats condamnent l'auteur d'une faute délictuelle à indemniser celui auquel il a été causé un préjudice, ils ne font que constater la pré-

(42) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 642.

(43) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 642.

(44) Planiol, Ripert et Rouast, loc. cit.

(45) Planiol, Ripert et Rouast, loc. cit. — Cf. Planiol, Note précitée.

existence de cette faute et celle de l'obligation qui en dérive ; en même temps, ils fixent la quotité de l'indemnité ; donc leur décision rétroagit et la réparation doit être considérée comme ayant été due dès le jour où le délit a été commis (46) ».

c) ni par le remariage de l'époux créancier.

La conception indemnitaire conduit en ce cas, à maintenir la pension, car le second mariage n'emporte pas par lui-même, extinction des obligations délictuelles dont le premier époux était tenu à l'égard du conjoint innocent. Il faut toutefois ajouter cette réserve que les termes mêmes de l'art. 301 commandent l'extinction de sa créance, si par suite de cette nouvelle union, il cessait d'être dans le besoin.

7. La pension alimentaire est susceptible de transaction.

La pension prévue par l'art. 301 est une créance en dommages-intérêts accordée à l'époux bénéficiaire, à titre de réparation du préjudice que lui cause la dissolution du mariage.

Aucun motif d'ordre public ne s'oppose donc à ce qu'il puisse valablement transiger sur cette indemnité dont l'existence dépend au surplus de la volonté du juge (47).

SECTION IV. — *Critique de la théorie de la pension-indemnité.*

La conception indemnitaire de la pension après divorce échappe à l'objection capitale que soulevait la théorie de la pension-secours. Elle a par contre provoqué d'au-

(46) Levillain, Note précitée. — Cf. Lyon-Caen, Note S.1903.I.113.

(47) Planiol, Ripert et Rouast, II, n° 642. — Cf. Conseiller De-

(47) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 642. — Cf. Conseiller Denès, Rapport D. 1904.I.38.

tres critiques. Nous avons répondu par la voix de ses savants adeptes, à celles qui résultaient de sa confrontation avec le texte même de l'art. 301. Elles mettent cependant obstacle, à notre avis, à l'adoption pure et simple de la théorie indemnitaire, car si le législateur se méprend parfois sur la valeur juridique des termes dont il fait usage, semblable supposition ne peut être admise que lorsqu'elle est étayée par des indices sérieux, et non pas quand elle est en contradiction avec la nature même des dispositions qui ont passé dans la loi. Or, si la pension alimentaire entre époux divorcés n'est que la traduction sous une forme spéciale, du principe général édicté par l'art. 1382, qu'il nous soit permis de douter de son efficacité.

L'art. 301 n'autorise l'allocation d'une pension que si la subsistance de l'époux innocent n'est pas assurée. Il suffirait donc, que malgré le divorce, il fût capable de subvenir à ses besoins, pour que n'étant pas en état d'invoquer la loi, il devînt par là même irrecevable à demander réparation des autres préjudices dont il a souffert. Le texte limite en outre, le maximum de la pension au tiers des revenus du coupable, et décide qu'elle sera révocable, dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Comment expliquer semblables dispositions, si ce n'est en disant qu'il s'agit en l'espèce, d'une pension alimentaire versée périodiquement par une personne à une autre, pour assurer sa subsistance, et dont le quantum est déterminé à la fois, par les ressources de celle qui la paie et les besoins de celle qui la reçoit.

Toutes différentes sont, au contraire, les solutions auxquelles conduit l'application de l'art. 1382. Le principe de la réparation des délits ne tient pas compte de la situation de fortune respective de la victime et de l'auteur. Le montant de l'indemnité se détermine d'après l'étendue réelle du préjudice éprouvé, et dès lors ne comporte pas l'observation d'un maximum. La créance allouée à titre de réparation, possède enfin un caractère définitif. En un mot, avec l'art. 1382, l'idée d'indemnité reçoit pleinement satisfac-

tion ; ce texte, en isolant la notion d'indemnité, lui fait sortir ses pleins effets, alors que la combinaison de cette même notion avec des éléments étrangers, l'affaiblit au point de la détruire dans l'art. 301 (48).

La critique de M. Laurent, contestant le caractère indemnitaire de la pension après divorce, contient donc une part de vérité. La théorie de l'indemnité et le rapprochement établi entre l'art. 301 et l'art. 1382 sont des constructions doctrinales. La conception d'un rapport entre ces deux textes s'est-elle présentée à l'esprit du législateur ? La chose est plus que douteuse, si l'on s'en tient à cette analyse sommaire, par cela même qu'il peut n'y avoir avec le seul art. 301 qu'une réparation incomplète des divers préjudices matériels et moraux qui, tels ceux que nous avons cités à titre d'exemples, sont, pour l'époux innocent, la conséquence du divorce.

SECTION V. — *Pension pendant la liquidation de la communauté.*

Le divorce met fin au jeu des conventions matrimoniales, et entraîne la séparation des intérêts pécuniaires des époux. Il nécessite donc une liquidation de leurs droits respectifs et un partage de la communauté.

Or, il se peut que pendant ces opérations, l'un d'eux se trouve dénué de ressources. Le tribunal condamne alors son ex-conjoint, par le jugement de divorce, à lui servir une pension alimentaire jusqu'à la clôture de la liquidation.

La jurisprudence a fixé très nettement le caractère de cette pension qui ne constitue pas — à la différence de la pension allouée en cours d'instance — un exercice du devoir de secours auquel le divorce a mis fin. Après la rupture du lien conjugal, il ne peut être question de pension

(48) Cf. Hitier, *op.cit.*, p.106.

alimentaire que dans les termes de l'art. 301, et c'est dans ce texte qu'il convient d'en chercher le fondement et les règles (49). Elle présente donc, suivant l'interprétation qui prévaut, un caractère indemnitaire, et c'est pourquoi nous plaçons ici ces quelques observations. Cette pension ne doit pas notamment être précomptée, lors de la liquidation, sur la part de communauté du conjoint innocent, car elle trouve sa cause dans une faute de l'époux coupable et « constitue à sa charge une dette personnelle dont l'acquittement ne saurait être considéré comme une avance, imputable sur ce qui doit revenir d'après la liquidation, à l'époux qui l'aura obtenue (50). »

Les tribunaux n'en ont toutefois pas restreint le bénéfice à l'époux innocent, comme le commandait l'application de l'art. 301. Ils accordent fréquemment à la femme coupable, une pension alimentaire, jusqu'à l'achèvement de la liquidation de la communauté. Il s'agit alors, non plus d'une indemnité, mais d'une avance qu'elle obtient en qualité de « copartageante et de créancière éventuelle de son mari », et qui est à ce titre imputable sur les revenus de ses reprises d'abord, sur sa part de communauté ensuite, et en cas d'insuffisance, sur le capital de ses reprises (51).

Une conclusion d'ordre général se dégage de ces observations et de celles que nous avons formulées plus haut, en traitant de la pension alimentaire allouée en cours d'instance : « Etant donné que les pensions attribuées par un jugement de divorce ou de séparation de corps peuvent avoir des sources diverses, des caractères variables et par conséquent des effets différents, suivant qu'elles sont fondées sur l'art. 212 ou sur l'art. 301 C. civ., ou sur le droit

(49) Rouast, *Revue précitée*.

(50) Req. 15 déc. 1909, *précité*. Note De Loynes ; Civ. 11 janv. 1937, *précité*.

(51) Req. 2 déc. 1925, D. 1926.1.149, Note Nast ; Req. 2 mai 1927, *précité*, Note André Audinet ; Paris 25 mai 1927, S. 1927.2.4 ; Req. 13 mars 1928, *précité* ; Cf. Paris 10 mars 1926 *précité*, Note Nast ; Crim. 23 déc. 1932, *précité*, Note Nast ; Civ. 16 mai 1933, D.H. 394 ; Trib. Seine, 7 déc. 1937, D. 1939.2.1, Note Nast.

pour les époux communs en biens, d'obtenir une avance sur leurs reprises ou sur leur part de communauté, il est utile, voire nécessaire, que le tribunal indique avec précision, le motif pour lequel la pension est allouée (52) »

*
* *

(52) Nâst, Note D 1926.1.150.

CHAPITRE III

NOTION JURIDIQUE EXACTE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE EPOUX APRÈS DIVORCE

LA THÉORIE DE L'INDEMNITÉ ALIMENTAIRE

Deux théories apparemment contradictoires sont aux prises sur le fondement juridique de l'obligation alimentaire entre époux divorcés, et nous avons démontré leur inexactitude et leur insuffisance respectives. C'est qu'il est en réalité, impossible d'accepter exclusivement l'une d'elles, en rejetant définitivement l'autre, car toutes deux renferment des principes dont l'exactitude et la force, empêchent la disparition.

L'erreur commune des partisans de la pension-secours et de la pension-indemnité, consiste précisément, en ce qu'ils se sont attachés à choisir entre l'une et l'autre de ces interprétations juridiques opposées, alors que la vérité se trouvait dans leur combinaison.

La pension de l'art. 301 C. civ. se rattache à la fois à l'art. 1382 et à l'art. 212, elle est indemnitaire au fond, alimentaire en la forme.

La conciliation théorique de ces deux notions semble difficile à réaliser, mais la solution du problème se dégage nettement à l'heure actuelle, de la collaboration, de la doctrine, dans le domaine des principes, et de la jurisprudence, dans celui des conséquences pratiques. Cette collaboration a mis en lumière une interprétation nouvelle, la théorie de l'indemnité alimentaire.

SECTION I. — *Ses partisans*§ 1. — *La doctrine contemporaine*

La véritable nature de la pension après divorce, dégagée et développée principalement par les auteurs modernes, était déjà entrevue à la fin du XIX^e siècle par le jurisconsulte Labbé.

Il écrivait, en effet, en 1893 (1) : « *L'art. 301 se rattache par plusieurs côtés à l'art. 212 ; cela n'est pas contestable. Il fait durer après le mariage, les effets d'une obligation dont le germe est dans le mariage même, dont est libéré l'époux innocent, dont reste tenu l'époux coupable.... Il ne faut pourtant pas nier que l'art 301 se réfère aussi en partie à l'art. 1382, à l'idée d'une réparation légitime due à l'époux qui, sans avoir rien à se reprocher..... est lésé par la faute d'autrui ; une indemnité lui est due.* »

C'est toutefois auprès de la doctrine contemporaine, que la théorie de l'indemnité alimentaire a réalisé de véritables progrès. L'antagonisme qui existe entre la notion d'indemnité pure et simple et la forme alimentaire de la pension après divorce (2), l'a en effet, conduite à enrichir son interprétation d'un apport supplémentaire. L'idée émise par le jurisconsulte Labbé, a été reprise par MM. Naquet (3), Gaudemet (4), Nast (5) et Rouast (6).

(1) Labbé, Note précitée, ss. Req. 3 janv. 1893. — Cf. Conseiller Denis, Rapport, D. 1893.I.126, ss. le même arrêt.

(2) V. suprâ notre critique de la théorie de la pension-indemnité, p. 82 et s.

(3) Naquet, Note précitée.

(4) Gaudemet, Note S. 1912.I.313, et Revue trimestrielle de droit civil, 1927, p.80.

(5) Nast. Notes D. 1926.2.97 ; D. 1926.I.149 et Répertoire général et pratique du notariat et de l'enregistrement, 15 janv. 1930, p.11.

(6) Rouast, Note D. 1927.I.101 et Revue crit. 1925, p. 388. 1928, p. 269.

Mais c'est M. Ripert (7) qui a particulièrement mis en lumière, la nature du dommage précis dont l'art. 301 vise la réparation : « Il est très généralement affirmé dans la doctrine, dit-il, que la pension allouée en vertu de l'art. 301 C. civ. est basée sur le principe général de la responsabilité civile posé par l'art. 1382 C. civ. et a par conséquent un caractère indemnitaire... Cette explication n'est pas inexacte, mais elle ne paraît pas suffisamment nuancée. *En réalité, la pension alimentaire allouée ne répare pas tout le dommage causé par le divorce, mais seulement le préjudice résultant de la disparition du devoir de secours.* » Ainsi s'explique le caractère spécial de la réparation : « La réparation du préjudice causé, continue-t-il, n'est pas assurée par l'octroi d'une somme d'argent, mais bien par l'octroi d'une *pension* et cette pension a elle-même un caractère particulier, c'est une *pension alimentaire* ».

MM. Esmein (8) et Savatier (9) ont récemment apporté la même précision au rôle réparateur de la pension après divorce : « La pension alimentaire de l'art. 301, écrit M. Savatier, représente la réparation, non pas de tout le préjudice subi par l'époux innocent, du fait de la conduite de l'époux coupable, mais seulement du dommage résultant de la *disparition du devoir de secours*. Car celui-ci s'éteint avec le mariage. L'époux coupable de cette extinction doit réparer le dommage qui en résultera pour son conjoint. Et la réparation la plus adéquate consiste à mettre à sa charge des indemnités épousant aussi exactement que possible, la forme qu'eût pu prendre le devoir de secours s'il avait eu à s'exercer. Ainsi s'explique le *caractère alimentaire* que revêt l'*indemnité* due par le coupable à l'innocent. »

La même idée est formulée dans les ouvrages de MM.

(7) Ripert. Chronique précitée.

(8) Esmein, Note S. 1934.1.377.

(9) Savatier, Note D. 1936.1.109.

Aubry et Rau (10), Demolombe (11), Planiol (12) et Piérard (13).

§ 2. — *La jurisprudence. Son évolution récente*

Les Cours et tribunaux n'ont jamais hésité à mettre leurs solutions pratiques en contradiction avec le principe pur et simple de pension-indemnité, toutes les fois que la nécessité s'en faisait sentir. C'est ainsi qu'ils confèrent journellement à cette pension, par les garanties et les sanctions dont ils l'entourent, les caractères essentiels de la créance alimentaire.

La Cour de cassation a d'ailleurs nettement entrevu, l'origine indemnitaire et la forme alimentaire de la pension entre époux divorcés.

« Attendu, dit un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 décembre 1931 (14), que *le fondement indemnitaire* sur lequel repose la pension qui peut être allouée à l'époux divorcé en vertu de l'art. 301 C. civ., n'empêche pas qu'aux termes mêmes de cet article, cette pension ait *un caractère alimentaire* ; qu'à ce titre, elle est soumise aux règles applicables aux pensions alimentaires. »

« Attendu à la vérité, répète la Chambre civile, dans un arrêt du 11 janvier 1937 (15), qu'à la différence de la pension fondée sur l'art. 301, qui a tout ensemble *un caractère alimentaire et indemnitaire* au regard de l'épouse ayant obtenu le divorce... » et la Chambre des Requêtes, dans de nombreuses décisions, la déclare formellement « soumise à toutes les règles prescrites en matière d'aliments » : Req.

(10) Aubry et Rau, op. cit., VII, p. 349, note 32.

(11) Demolombe. Traité du divorce, n° 366.

(12) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 637.

(13) Piérard, Divorce et séparation de corps, II, n° 760.

(14) Req. 16 déc. 1931, Gaz. Pal. 1932.1.423.

(15) Civ. 11 janv. 1937, précité.

16 décembre 1931, 9 mai 1932, 12 février 1934 précités, 12 mai 1936 (D. H. 330) (16).

Mais il faut remarquer, comme nous l'indiquions précédemment, que bien qu'ayant entrevu la nature mixte de l'obligation alimentaire après divorce, la jurisprudence n'en a pas tout d'abord précisé dans ses décisions, le rôle réparateur.

Elle a commencé par laisser entendre dans un arrêt ancien que « l'allocation prévue par le texte pouvait être justifiée par toute espèce de dommages résultant du divorce (17) ».

Or, tout récemment et pour la troisième fois à notre connaissance, la Cour de cassation vient de constater en termes formels, l'origine exacte du préjudice dont l'art. 301 poursuit la réparation. Alors qu'elle déclarait encore en termes vagues et à demi-exacts, dans les deux arrêts précités de la Chambre des Requêtes, des 9 mai 1932 et 12 février 1934, que la pension après divorce trouvait son fondement dans « le dommage qu'a pu causer à l'époux innocent la dissolution prématurée du mariage », elle précise nettement aujourd'hui, que ce fondement réside « dans la réparation du préjudice causé à l'époux divorcé par la perte du droit de secours auquel il pouvait prétendre durant le mariage. » Telle est l'expression qu'elle emploie identiquement dans trois arrêts récents : Civ. 28 juin 1934 (S. 1934.1.377). — Req. 12 mai 1936 précité et 15 février 1938 (S. 1938.1.132). Nous trouvons enfin reproduite, dans un arrêt de la Cour de Montpellier, en date du 16 février 1937 (18), la qualification que la doctrine juge la plus adéquate à la véritable nature de cette pension :

« Attendu que la pension octroyée au jour du divorce ou du jugement de conversion, en vertu de l'art. 301, à

(16) Cf. Trib. Dijon, 25 juil. 1924, précité ; Aix, 26 nov. 1931, Gaz. Trib. 4 févr. 1932 ; Trib. Seine, 7 déc. 1937, précité, Note Nast.

(17) Req. 3 janv. 1893, précité.

(18) Montpellier, 16 février 1937, D.H. 229.

l'épouse qui a souffert un préjudice par suite de la rupture du lien conjugal, est une *indemnité* qui prend la forme d'une *allocation alimentaire*... Que les vicissitudes postérieures de celui qui a obtenu le divorce, si elles ne se rattachent pas à ce dernier, ne sauraient faire surgir le droit à une *indemnité alimentaire*. »

Par là, la jurisprudence consacre à juste titre le point de vue de la doctrine dominante, et ne nous semble plus encourir le reproche que lui adresse M. Mirat (19), quand il déclare : « Il lui appartenait donc de modifier ce principe (de la pension-indemnité) qui ne résistait pas à l'épreuve de l'expérience et de le mettre en harmonie avec les conséquences pratiques qu'elle lui avait données. Mais la jurisprudence ne l'a point fait. Après être descendue de l'idée a priori dans l'expérience, elle n'est pas remontée jusqu'à l'idée. »

SECTION II. — *Sa justification.*

§ 1. — *Fondement indemnitaire de la pension après divorce* *L'article 301 se rattache à l'article 1382*

La pension de l'art. 301 puise sa source dans la notion d'indemnité. Le législateur, en créant cette obligation, a obéi à un sentiment de pitié et d'équité qui l'a poussé à favoriser l'époux innocent. Aussi l'effet a-t-il été limité par la cause, la faculté d'accorder une pension, par l'intention qui a présidé à sa création, et a-t-on décidé que seul, l'époux qui obtient le divorce en pourra profiter. Il y a certainement là, une idée de pénalité. La créance alimentaire après divorce ne peut plus en effet, découler directement du mariage, puisque celui-ci a disparu. Mais l'époux dont la con-

(19) Mirat Jean. L'obligation alimentaire entre époux en cas de divorce. Thèse, Paris 1930, p.144.

duite a motivé la rupture du lien conjugal, a par contre, engagé sa responsabilité. Une obligation lui incombe désormais, celle de réparer le préjudice causé à son ex-conjoint, privé des ressources qui assuraient son existence.

La dette alimentaire de l'art. 301 constitue manifestement la sanction de la faute commise par le débiteur qui a trahi son devoir. Comme le montrait le Conseiller Denis dans son rapport sous l'arrêt de cassation du 3 janvier 1893 :

« La créance qui résulte de l'art. 212 est alimentaire, celle qui a son origine dans l'art. 301 est alimentaire aussi, mais la première prend sa source dans une obligation d'assistance, la seconde dans *une obligation d'indemnité* (20). »

§ 2. — *Forme alimentaire de la pension après divorce.*
L'article 301 se rattache à l'article 212.

Il est non moins évident que la pension de l'art. 301 revêt une forme alimentaire, et il est aisé de justifier cette particularité. La rupture du lien conjugal a eu pour conséquence, de dépouiller l'époux innocent, du droit aux aliments de l'art. 212. L'indemnité destinée à suppléer l'existence de ce droit doit, dans la mesure du possible, en être la représentation ; la réparation adéquate consistera donc à fournir au créancier une prestation d'aliments, comme si le mariage subsistait encore (21). Ainsi s'explique parfaitement le caractère alimentaire que revêt l'indemnité due par le coupable à l'innocent :

« C'est pour cela que la pension à laquelle a droit l'époux innocent est qualifiée par le texte de « pension alimentaire ». C'est pour cela qu'elle est proportionnée aux besoins de cet époux au lieu de l'être à l'importance du préjudice qu'il subit. C'est pour cela encore que, quels que

(20) Conseiller Denis. Rapport ss. Req. 3 janv. 1893, précité.

(21) Savatier et Esmein. Notes précitées.

soient ces besoins, la pension ne pourra jamais excéder le tiers des revenus de l'époux coupable (22). »

« La pension alimentaire de l'art. 301, c'est donc au fond, l'obligation de l'art. 212 transformée par le divorce et par la faute à laquelle le divorce est dû, en une obligation alimentaire proprement dite. La disposition de droit commun de l'art. 1382 est seulement l'agent de transformation de l'obligation de l'art. 212 en une obligation alimentaire (23). » Le devoir réciproque de secours entre époux, ne se prolonge pas au delà du divorce, mais l'art. 301 le fait revivre, à titre d'indemnité, sous la forme d'une obligation alimentaire unilatérale. Les deux caractères se trouvent ainsi parfaitement conciliés ; la pension de l'art. 301 n'est pas, soit indemnitaire, soit alimentaire, c'est une *indemnité alimentaire*.

SECTION III. — *Ses conséquences.*

La théorie de l'indemnité alimentaire présente, par ses principes mixtes, l'avantage incontestable de justifier les solutions jurisprudentielles incompatibles, soit avec la notion d'indemnité pure et simple, soit avec la seule notion d'aliment. Nous croyons avoir démontré que si la conception alimentaire s'oppose aux conséquences qui découlent de l'idée de réparation et d'indemnité, la conception indemnitaire contredit non moins formellement le caractère alimentaire, que la lettre de l'art. 301 et la jurisprudence, confèrent à la pension après divorce. La synthèse, dans une même théorie, de ces deux notions juridiques, dont la coexistence répond seule à la véritable nature de cette pension, éclaire au contraire, tout le problème.

L'époux innocent a perdu, à la suite du divorce, et par

(22) Naquet. Note précitée.

(23) Aubry et Rau, op. cit., VII, p.349, note 32, M. Martin.

la faute de son ex-conjoint, le bénéfice du devoir réciproque de secours de l'art. 212, mais la loi ne veut pas que le coupable puisse s'affranchir impunément de la dette alimentaire qui lui incombait durant le mariage. L'obligation consacrée par l'art. 301, a donc pour but de réparer un préjudice bien défini qui consiste en une privation d'aliments. Or, les principes de la responsabilité civile exigent, que la réparation fournie par l'auteur responsable d'un dommage, soit la représentation aussi exacte que possible, du droit dont la victime a été dépouillée.

La pension de l'art. 301 ne remplira donc parfaitement son rôle réparateur, qu'autant qu'elle épousera la nature et la forme juridiques du droit alimentaire qu'elle remplace. Il conviendra, en conséquence, de lui appliquer les règles qui gouvernent les créances alimentaires en général, et le devoir de secours entre époux en particulier.

Tel est le principe dont s'est effectivement inspirée, dans ses décisions les plus récentes, la Cour de cassation : « Attendu, déclare-t-elle, que la pension accordée en vertu de l'art. 301, bien qu'ayant son fondement dans la réparation du préjudice causé à l'époux divorcé par la perte du droit de secours auquel il pouvait prétendre durant le mariage, est soumise à toutes les règles prescrites en matière d'aliments (24). »

De la notion d'indemnité alimentaire, se déduisent logiquement les conséquences suivantes :

1. *La pension alimentaire peut être allouée pour des besoins nés postérieurement au divorce.*

Tout fait dommageable oblige son auteur à réparer intégralement le préjudice causé. Si l'union conjugale avait persisté, l'époux innocent eût trouvé jusqu'à la fin de ses jours, les ressources nécessaires à sa subsistance dans le devoir de secours imposé à son ex-conjoint. Il importe

(24) Req. 16 déc. 1931, 9 mai 1932, 12 février 1934 et 12 mai 1936, précités.

de lui restituer un droit alimentaire identique, invocable par suite, quelle que soit la date à laquelle se manifestent ses besoins (25).

2. La pension est susceptible d'augmentation ou de diminution, suivant les besoins de celui qui la réclame et les facultés de celui qui la doit.

Le droit aux aliments suit en effet, les fluctuations du patrimoine du créancier et du débiteur (art. 209). L'indemnité qui le remplace est, comme nous le verrons, susceptible de subir les mêmes variations.

3. Le service de la pension est garanti par l'hypothèque légale de la femme mariée et le délit d'abandon de famille.

L'époux innocent doit retrouver dans l'indemnité qui lui est allouée, les sûretés qui garantissaient sa créance d'aliments pendant le mariage.

4. La pension peut être prélevée sur la portion insaisissable des biens de l'époux coupable.

L'époux bénéficiaire du divorce conserve, grâce au droit qui lui est restitué, sa qualité de créancier d'aliments. Il peut donc exercer valablement sa créance, sur l'intégralité des revenus de son débiteur.

5. Elle s'éteint normalement mais non nécessairement par le remariage de l'époux créancier.

Le préjudice causé par le divorce et qui consistait en la privation du devoir de secours, disparaît lorsque le conjoint innocent se remarie. Il n'en est toutefois ainsi, que si le nouvel époux possède des ressources suffisantes. En ce cas, le créancier puise, dans cette seconde union, un droit

(25) Cf. Wahl. Note précitée. Contra Huc, op. cit. II, n° 418.

alimentaire nouveau, dont l'existence justifie l'extinction de l'indemnité qui lui avait été allouée.

6. *Elle se transmet passivement aux héritiers de l'époux débiteur.*

Il importe en effet, de mesurer exactement la réparation à l'étendue du préjudice éprouvé par la victime. Or, si le divorce n'était pas survenu, l'époux innocent aurait obtenu d'une façon à peu près sûre, la jouissance viagère d'une partie notable des revenus de son conjoint (art. 767 et 205 nouv.). Il convient donc de mettre à la charge de la succession du débiteur, l'indemnité destinée à remplacer le droit dont il a provoqué la disparition.

7. *La pension après divorce n'est pas susceptible de transaction, ni de renonciation.*

Le caractère d'ordre public des créances alimentaires doit s'y attacher, en considération de son but.

Deux de ces solutions n'ont cependant pas encore été consacrées par la jurisprudence. Elle refuse de tenir compte, ainsi que nous le verrons, pour l'allocation de la pension de l'art. 301, des besoins nés postérieurement au divorce, si du moins leur cause ne s'était pas manifestée au moment de la dissolution du mariage. Elle valide au surplus, les transactions et renonciations conclues entre époux sur la pension, ce qui est manifestement contraire à la destination de cette créance d'aliments.

Il semble toutefois que la théorie de l'indemnité alimentaire soit de nature à la satisfaire, d'une façon générale. Jusqu'ici, son attitude pouvait prêter à de vives critiques, puisqu'en réalité, elle se contentait d'adopter, tantôt les conclusions de la théorie alimentaire, tantôt celles tout opposées de la théorie purement indemnitaire.

La jurisprudence peut désormais conserver les solutions auxquelles elle est très attachée, en les faisant décou-

ler d'une seule et même interprétation. Elle y puisera, à l'avenir, une argumentation solide, et ses décisions se fortifieront dans un cadre enfin stable.

SECTION IV. — *Valeur juridique de la théorie
de l'indemnité alimentaire.*

Cette nouvelle interprétation de la pension après divorce, a eu le mérite d'apporter un perfectionnement incontestable à la théorie purement indemnitaire, et pour le réaliser, il suffit de constater les progrès accomplis par la jurisprudence, entre l'arrêt du 3 janvier 1893, où la Chambre des Requêtes déclarait que l'allocation prévue par l'article 301, se justifie par « toute espèce de dommages résultant du divorce », et les décisions récentes où la Cour suprême précise, en termes formels, qu'elle poursuit exclusivement la réparation de « la perte du devoir de secours entre époux ».

Cette interprétation n'encourt plus, dès lors, les reproches que nous adressions à la théorie de la pension-indemnité. La précision apportée au rôle indemnitaire de l'article 301, restitue en effet, à l'art. 1382, la plénitude et l'efficacité de ses fonctions réparatrices.

Sans doute, dans la mesure où l'art. 301 entre en jeu, il exclut l'application de l'art. 1382 : le préjudice résultant de l'extinction du droit aux aliments, ne peut être réparé que par l'attribution d'une pension. Mais dans toutes les autres hypothèses, par contre, il doit être possible à l'époux qui a subi un dommage d'ordre différent, d'en demander réparation dans les termes du droit commun.

C'est, à n'en pas douter, restituer son véritable sens à l'intention du législateur, qui n'a certainement pas entendu réduire les droits que le conjoint innocent aurait pu

puiser dans les dispositions ordinaires de la loi, et consacrer à son détriment, une exception que rien ne justifiait. Et c'est conformément à ces considérations, que la jurisprudence admet l'application cumulative des articles 301 et 1382 (26). Il est courant, aujourd'hui, que les tribunaux allouent, sous la forme qu'ils jugent la plus adéquate au dommage subi, une indemnité à l'époux innocent, indépendamment de son droit à pension alimentaire ; et dans les décisions récentes, s'affirme une tendance très nette, vers une appréciation de plus en plus large du préjudice occasionné par le divorce, tendance qui se traduit par une augmentation du taux des dommages-intérêts et des cas dans lesquels ils sont accordés. C'est ainsi qu'en limitant le rôle réparateur de l'art. 301, la notion d'indemnité alimentaire a permis l'intervention directe du principe de la responsabilité civile dans le domaine du divorce. L'art. 1382 est venu utilement compléter les effets de l'art. 301, de façon à donner entière satisfaction à l'idée d'indemnité (27). Loin d'exclure les dommages-intérêts, la pension alimentaire se cumule avec eux. Ce sont là deux variétés d'indemnités, non pas alternatives mais complémentaires. Telles sont les idées qui dominent la jurisprudence actuelle. Elles répondent en partie, aux vœux des juristes qui souhaiteraient voir s'accroître dans notre législation, le caractère de peine civile, attaché aux sanctions dont elle frappe l'é-

(26) V. à ce sujet, Ripert, Note D. 1928.1.5. — Rouast, *Revue crit.* 1925, p.390 et 1928. — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, II, n° 637.

(27) Req. 13 mai 1924, D.H.389. Civ. 21 juin 1927, D. 1928.1.5, Note Ripert ; Paris 23 mars 1928, D.H.325 ; Bourges 4 avril 1928, D. H.309 ; Colmar 17 déc. 1929, D.H.1931, somm.6 ; Montpellier 13 mai 1931, D.H.405 ; Req. 27 juil. 1931, précité ; Paris 15 juillet 1932, Gaz. Trib. 29 nov. 1932 ; Trib. Seine 3 mars 1933, S. 1934.2.67 et 15 mars 1934, Gaz. Pal. 1934.1.951 ; Riom 24 mai 1934, Gaz. Pal. 1934.2.207 ; Paris 18 mai 1936, Gaz. Trib. 27 oct. 1936 ; Civ. 29 mars 1938, S. 1938.1.230.

poux coupable. Il y aurait certainement là, un moyen de servir la dignité du mariage et de rendre les divorces moins fréquents (28).

*
**

(28) « Quand un malheureux commerçant, à la suite de circonstances économiques dont souvent il n'est aucunement responsable, tombe en faillite et cause quelque dommage à ses créanciers, notre société le marque au fer rouge : il n'est plus électeur, ni éligible, sans parler de diverses autres incapacités. Nous trouvons cela naturel. Comment pouvons-nous admettre que celui qui a violé ses obligations les plus solennelles et les plus sacrées, qui, en provoquant la destruction d'un foyer, a causé à son conjoint, à ses enfants, à la société tout entière, un préjudice autrement considérable que le failli à ses créanciers, — comment admettre qu'il ne soit l'objet d'aucune flétrissure et qu'aucune déchéance ne l'atteigne ? » E. Gounot, *Semaine sociale de Grenoble*, p. 416.

B. — DE L'IMPOSSIBILITÉ DE RECONNAITRE
UN FONDEMENT JURIDIQUE SEMBLABLE
A L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX
APRÈS SÉPARATION DE CORPS

Le Code civil n'a pas prévu, dans les brefs articles consacrés à la séparation de corps (art. 306 à 311), le sort de l'obligation alimentaire entre époux, après suppression de la vie commune, et nous avons constaté l'échec de la tentative faite en ce sens au lendemain de la loi du 8 mai 1816 (1). Sans doute, les rédacteurs du Code ont-ils pensé, qu'il se déduisait aisément de la nature et du but de cette institution, et de fait, le fondement juridique de l'obligation alimentaire entre époux séparés de corps, n'a donné naissance — à la différence de la pension alimentaire après divorce — à aucune théorie divergente. La doctrine et la jurisprudence ont toujours été parfaitement d'accord, pour admettre le maintien, après séparation de corps, de l'obligation de secours de l'art. 212, et en conséquence, la sanction de ce devoir : la condamnation au paiement d'une pension alimentaire, s'il y a lieu.

La seule difficulté que nous ayons à résoudre, provient d'une création jurisprudentielle fermement établie, mais généralement critiquée par les auteurs, et qui consiste dans l'extension de l'art. 301 à l'époux bénéficiaire de la séparation de corps. La jurisprudence, inspirée en effet, par un sentiment de bienveillance, n'hésite pas à invoquer en sa faveur, tantôt l'art. 212, tantôt l'art. 301, afin de le faire bénéficier des avantages attachés à ce dernier texte. Mais

(1) V. *suprà*, art. 36 du projet de loi du 7 décembre 1816, p. 33.

a-t-elle pensé, qu'elle assimilait ainsi deux obligations alimentaires dont les fondements juridiques diffèrent essentiellement ? Nous allons aborder d'abord l'examen de cette question, puis nous dégagerons le fondement juridique exact de la dette alimentaire entre époux séparés de corps.

*
* *

CHAPITRE PREMIER

DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 301 A LA SÉPARATION DE CORPS

SECTION I. — *La jurisprudence.*

Mettons l'art. 301 en présence de la séparation de corps et voyons s'il lui est applicable.

Une jurisprudence constante se prononce depuis longtemps pour l'affirmative (1). D'après elle, l'époux qui a succombé dans l'instance en séparation n'a qu'un titre pour réclamer des aliments de son conjoint, l'art. 212 ; tandis que l'époux innocent peut les exiger, soit comme indemnité, en vertu de l'art. 301, soit comme aliments, sur la base de l'art. 212.

En d'autres termes « comme époux, il a le droit d'exiger de son conjoint l'accomplissement du devoir de secours. Il agit alors *ex lege*, en vertu de l'art. 212. Comme innocent des faits qui ont motivé la séparation de corps, il peut demander à son profit l'application de l'art. 301. Il agit alors *jure praetorio*, en vertu de l'interprétation que la jurisprudence a donnée à la loi (2) ».

Certains jurisconsultes avaient cependant pensé, après la suppression du divorce par la loi du 8 mai 1816, que l'article 301 n'était pas applicable, sous l'empire d'une législation qui prohibait la rupture du lien conjugal (3). Mais

(1) Req. 8 mai 1810, S. 1810.1.229 et 28 juin 1815, S. 1815.1.380, Lyon 16 mars 1835 et 16 juillet 1835, S. 1836.2.239.

(2) Planiol, Revue crit. 1889.

(3) Conseiller Denis. Rapport ss. Req. 3 janvier 1893, précité.

leur opinion fut combattue par un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 23 mai 1845 (4), qui posait le principe que : « les dispositions des chapitres qui règlent les effets du divorce doivent aussi régler les effets de la séparation de corps, en tant qu'elles ne sont pas inconciliables avec elle », ajoutant que : « c'est ainsi que les tribunaux appliquent journellement les dispositions des art. 301, 302 et 303 (5) dans le cas de séparation de corps ». Deux arrêts de la Chambre civile, en date des 12 décembre 1848 (6) et 2 avril 1861 (7), statuèrent ensuite dans le même sens.

Le premier s'exprimait ainsi : « Attendu... que les art. 212 et suivants du même Code tracent aux époux leurs devoirs réciproques qui naissent avec le mariage, cessent avec lui et ne survivent pas au premier mourant ; mais que l'art. 301 prévoit le cas où ces devoirs ont été méconnus par l'un des époux, et que la pension dont il lui impose l'obligation en faveur de son conjoint qui a fait prononcer la séparation de corps, est une réparation du préjudice que celui-ci a souffert de l'oubli de ses devoirs. »

« Attendu, déclare le second, que l'art. 301, qui permettait d'accorder à l'époux ayant obtenu le divorce et pour assurer sa subsistance, une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux, n'avait, ni dans ses conditions, ni dans ses motifs ou ses effets, rien d'incompatible avec la séparation de corps, et pouvait s'appliquer avec autant de justice et de facilité pratique à l'époux qui l'avait obtenue,

(4) Cass. 23 mai 1845, S. 1845.1.321.

(5) Art. 302 : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. »

Art. 303 : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

(6) Civ. 12 déc. 1848, précité.

(7) Civ. 2 avril 1861, S. 1861.1.410.

qu'à celui qui avait obtenu le divorce.... Attendu que l'application de l'art. 212, aux cas qu'il prévoit, ne met nul obstacle à ce que l'art. 301 ne soit appliqué aux cas pour lesquels il a spécialement disposé, et que cet art. 301 peut recevoir son entier effet, sans que la complète exécution de l'art. 212 ait à en souffrir. »

Ce fut enfin une décision de la Chambre des Requêtes du 7 avril 1873 (8) qui confirma cette solution jurisprudentielle. Bien que critiquée par la doctrine, elle a toujours été depuis fermement maintenue (9). Un arrêt du 31 mai 1937 (10), où la même Chambre était appelée à statuer sur le montant de la pension due par l'époux coupable séparé de corps, la consacre à nouveau implicitement.

Or, l'application de l'art. 301 à la séparation de corps, ne présente pas un intérêt purement théorique. Elle possède aussi des conséquences pratiques importantes, du fait des différences notables qui existent, comme nous l'indiquerons, entre le régime juridique des pensions alimentaires, fondées respectivement sur les art. 212 et 301.

Quelles sont donc les raisons qui ont pu guider la jurisprudence, dans l'extension de l'art. 301 à la séparation de corps ?

Deux arrêts anciens de la Cour de cassation, en date des 8 mai 1810 et 28 juin 1815, avaient cru pouvoir puiser

(8) Req. 7 avril 1873, S. 1873.1.337.

(9) Civ. 15 juin 1853, D. 1853.1.185 ; Grenoble 11 juillet 1863, S. 1864.2.14 ; Trib. Die 12 août 1886, Gaz. Pal. 1886.2.497 ; Civ. 4 février 1889, D. 1889.1.250 ; Req. 3 janv. 1893, précité, et 2 mai 1900, S. 1900.1.436 ; Trib. Clermont-Ferrand, 20 déc. 1901, Gaz. Pal. 1902.1.103 ; Req. 10 mars 1903, D. 1903.1.593 ; Trib. Seine, 16 avril 1914, Gaz. Trib. 19 déc. 1914 ; Req. 20 janv. 1920, S. 1921.1.64 ; Cass. 28 janv. 1925, S. 1925.1.55 ; Trib. Marseille, 9 mars 1921, Gaz. Pal. 1921.1.598 ; Civ. 20 février 1929, S. 1929.1.223 ; Req. 12 février 1934, précité ; Civ. 16 avril 1935, Gaz. Pal. 1935.1.938 ; Req. 17 déc. 1935, S. 1936.1.111 ; Douai 23 mai 1938, Gaz. Pal. 1939.1. Somm. p. 18. — V. aussi Cézair-Bru, Levillain et De Loynes, Notes précitées.

(10) Req. 31 mai 1937, D.H. 425.

dans ce texte, d'une part, une raison d'analogie, d'autre part, un argument a fortiori :

» Attendu, qu'en accordant une pension alimentaire, la Cour d'appel, loin d'avoir violé la loi, s'est conformée à son esprit parce que *la raison de décider à cet égard est la même que pour le cas de divorce* (11) .» — « Attendu que si l'obligation de payer une pension alimentaire est imposée à l'époux même divorcé, à *plus forte raison*, elle peut aussi l'être dans le cas de la simple séparation où le lien subsiste toujours entre les époux (12). »

Enfin la Cour de cassation a, tantôt, invoqué ce motif que la pension accordée à l'époux innocent, est moins un secours alimentaire que la réparation du préjudice par lui souffert, de l'oubli que son conjoint a fait de ses devoirs (13), tantôt, établi un rapprochement entre les articles 301 et 212 qu'elle déclarait parfaitement compatibles (14).

Il nous semble toutefois, que c'est d'un évident souci de protéger l'époux innocent, que procède l'application de l'art. 301 à la séparation de corps. La jurisprudence a pensé que la pension instituée par ce texte, ayant un caractère indemnitaire, survivait à l'époux débiteur, à la différence de celle qui résulte de l'art. 212, et devait se transmettre à ses héritiers.

Quoiqu'il en soit, ce système est-il exact au point de vue juridique ? C'est ce qu'il nous reste maintenant à examiner.

(11) Req. 8 mai 1810, précité.

(12) Req. 28 juin 1813 précité ; Bordeaux 16 juin 1896, D. 1897. 2.314 ; Lyon 22 mai 1907, S. 1907.2.176 ; Req. 20 juil. 1910, S. 1912. 1.308 ; Toulouse 25 juin 1912, Gaz. Trib. Midi, 7 juillet 1912 ; Req. 13 mars 1918, S. 1918-19.1.174.

(13) Civ. 12 déc. 1848, précité.

(14) Cass. 23 mai 1845 et 2 avril 1861 ; Req. 7 avril 1873 ; Civ. 4 février 1889 ; Req. 3 janv. 1893 et 2 mai 1900, précités.

SECTION II. — *Critique de l'extension
de la pension alimentaire après divorce
à la séparation de corps*

L'assimilation faite par les tribunaux, entre le droit aux aliments de l'époux bénéficiaire du divorce et celui de l'époux qui obtient la séparation de corps, a soulevé les critiques unanimes de la doctrine (15). Si importante que soit cette jurisprudence, nous ne saurions nous-même nous y rallier, car force est bien de constater qu'elle puise ici, sans méthode aucune, dans les diverses dispositions légales qui s'offrent à elle, et dans une réelle confusion, recourt indistinctement à des règles juridiques en soi très différentes, cantonnées pour cela, par le législateur, dans des textes spéciaux, destinés à régir des situations de fait, également spéciales. Il en résulte un enchevêtrement aussi complet que regrettable, alors que les problèmes, souvent très nuancés, qui se posent, exigeraient au contraire, avant tout, une mise en ordre parfaite, une absolue netteté.

Le divorce et la séparation de corps, jusqu'à la loi du 18 avril 1886, sont l'objet de deux dispositions absolument distinctes, et l'art. 301 ne vise que l'époux qui a obtenu le « divorce » ; il est placé sous la rubrique « Des effets du divorce » (Chap. III, titre VI, livre I C. civ.).

Sans doute, il est admis que les articles relatifs au divorce, s'appliquent d'une façon générale, à la séparation de corps — et qu'ils ont même survécu à l'abolition du divorce en 1816 — mais un principe d'interprétation d'une

(15) V. *infra*, auteurs cités, p. 115 et s. — Devilleneuve, Note S. 1853.1.609. — Dutruc, Note S. 1861.1.410. — Boullenger, Observations au Journal du Palais 1862.145. — Hérisson, Revue pratique, 1861, XI, p. 483. — Conseiller Dagallier Rapport S. 1873.1.338. — Marcadé sur l'art. 311, I, n° 776. — Note D. 1921.1.72, ss. Req. 20 janv. 1920.

telle importance, ne doit-il pas se fonder sur la volonté du législateur ? Et si telle avait été sa pensée, ne l'aurait-il pas traduite, soit par un texte, soit dans les travaux préparatoires ? Ce principe pouvait-il d'ailleurs l'admettre ? Rien de plus inexact que le fondement sur lequel il repose. On invoque des raisons d'analogie. La séparation de corps, répète-t-on incessamment, est le divorce des catholiques. Nous serions tentés de reproduire ici, ce que pense Laurent (16), du parallélisme qu'on a coutume d'établir entre ces deux institutions : « Cela peut se dire par voie de comparaison et dans un discours d'apparat, mais comme règle juridique, c'est un non-sens... Les analogies qui existent entre les deux institutions sont très faibles, tandis que les différences qui les séparent sont radicales... L'un maintient le mariage, l'autre le rompt. Cette différence domine toute la matière et elle exclut toute analogie. »

C'est dans l'institution qu'il s'agit d'interpréter, qu'il faut chercher les raisons de décider. Il n'y a qu'un cas, où l'application analogique des dispositions sur le divorce, soit admissible ; c'est quand ces dispositions ne font que consacrer des principes généraux ou des conséquences qui découlent de ces principes. Si la jurisprudence est allée plus loin, c'est qu'il y a souvent lacune et que l'on ne sait comment la combler. Mais alors, sous forme d'interprétation analogique, les interprètes font réellement la loi en cette matière.

L'extension à la séparation de corps, des textes relatifs au divorce, est d'ailleurs subordonnée à la condition qu'ils soient, par la nature des choses, susceptibles de lui être appliqués (17). Or ici, ce n'est pas le cas. L'art. 301, dont nous avons suffisamment précisé le rôle réparateur, n'a de raison d'être qu'en supposant détruit le devoir de secours de l'art. 212, et comme nous le prouverons bientôt, la séparation de corps maintient précisément entre les époux,

(16) Laurent, *op. cit.*, III, n° 313.

(17) Planiol, *Revue précitée*, p. 559.

avec les liens du mariage, l'obligation réciproque qui leur incombe, de se fournir des aliments; il n'y a donc pas lieu de réparer le préjudice résultant de sa disparition. On ne saurait indemniser l'époux d'un dommage qu'il n'a pas subi.

Et peut-on cependant, citer plus bel exemple de contradiction, que celui de la Cour suprême qui, après avoir nettement délimité l'application de l'art. 301 dans ses décisions les plus récentes, semble aussitôt, avec une inconstance désarmante, détruire l'œuvre accomplie, en invoquant ce même texte, lorsque le maintien du devoir de secours commande son exclusion. Ne résulte-t-il pas en effet, de l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes du 31 mai 1937, que la pension allouée à l'époux innocent peut être, au gré du juge, fondée soit sur l'art. 212, soit sur l'art. 301 ? Seul l'avenir nous dira, s'il constitue une dernière offensive des principes vagues et incertains qui ont longtemps dominé l'interprétation de l'art. 301, ou s'il nous faut abandonner à jamais, tout espoir de voir disparaître ces solutions illogiques.

Ajoutons que le fondement indemnitaire de l'art. 301 et le caractère de pénalité qu'il imprime à la pension après divorce, s'opposent à ce qu'il puisse être étendu par voie d'analogie, à une hypothèse autre que celle qu'il prévoit expressément. L'argument est mis en lumière par le professeur Laurent (18), qui ajoute : « C'était au législateur à établir cette parité entre le divorce et la séparation de corps ; il s'en est bien gardé car il veut laisser une porte ouverte à la réconciliation ; et est-ce un moyen d'amener le rapprochement des époux, que de forcer l'un, le coupable, à payer une forte pension à son conjoint ? Celui-ci sera-t-il porté à reprendre la vie commune, alors que la séparation lui assure un avantage que la vie commune

(18) Laurent, op. cit., III, n° 348.

même ne lui donnerait pas, une pension qui ne s'éteindra pas à la mort de son conjoint (19) ? »

On conçoit difficilement d'autre part, que le même époux puisse invoquer à son gré, suivant les circonstances, deux dispositions qui sont, nous le montrerons, souvent divergentes dans leurs résultats. En particulier, s'il se fonde sur l'art. 301, le chiffre de la pension sera limité, et s'il invoque l'art. 212, cette limite n'existera pas. Nous ne comprenons point dès lors, que l'art. 301 puisse, comme l'affirme la Cour de cassation (20), recevoir son entier effet au cas de séparation de corps, sans que la complète exécution de l'art. 212 ait à en souffrir. La Cour n'entend pas dire, sans doute, que l'époux innocent peut, tout à la fois, réclamer une pension d'aliments en vertu de l'art. 212, et en demander une autre, à titre d'indemnité, en vertu de l'art. 301. L'exécution du second de ces articles exclut donc celle du premier. Or, comment se peut-il, que le conjoint qui a obtenu la séparation et auquel la loi aurait pour ce motif, accordé une indemnité dans l'art. 301, reçoive une pension inférieure à celle de l'époux coupable invoquant l'art. 212 ? « Singulière indemnité pour l'époux innocent, que celle qui lui fait une situation moins favorable qu'à son conjoint (21). »

L'application simultanée de ces deux textes ne nous paraît pas davantage possible. La Cour de Paris avait déclaré, dans un arrêt du 15 mars 1887 (22), que la pension alimentaire allouée en cas de séparation de corps, était fondée à la fois sur l'art. 212 et l'art. 301. Mais, comme le remarque M. Planiol (23), c'est soutenir que cette créance d'aliments est « née tout ensemble *ex contractu* — par le

(19) Les Principes de droit civil français 1876-1878 sont antérieurs à la loi du 9 mars 1891.

(20) Civ. 2 avril 1861, précité.

(21) Vraye et Gode, op.cit. II, n° 816.

(22) Paris, 15 mars 1887, S. 1888.2.213 ; Cf. Req. 20 juillet 1910 et 13 mars 1918, précités.

(23) Planiol, Revue précitée, p. 560.

fait du mariage — et *ex delicto* — des torts du conjoint qui ont amené le divorce. C'est donner à la même créance deux causes inconciliables ».

Nous trouvons enfin, dans un arrêt de la Cour de Riom du 27 janvier 1887 (24), la distinction suivante : la pension accordée par le jugement de séparation serait allouée en vertu de l'art. 301 et aurait le caractère d'une indemnité ; celle qui ne le serait que postérieurement, au moment où le besoin se manifeste, serait fondée sur l'art. 212 et présenterait un caractère alimentaire. Distinction facile, mais qui ne repose sur aucune base. « Le préjudice causé par la séparation de corps peut ne se produire que longtemps après, déclare M. Planiol (25), car l'époux qui l'a obtenue avait peut-être, à ce moment, des ressources personnelles qu'il a perdues depuis... Pourquoi le priver du bénéfice de l'art. 301, qui est très avantageux, puisqu'il n'y a point de faute de sa part ? Le même raisonnement lui est toujours applicable ; si l'autre époux n'avait pas eu de torts, il n'y aurait pas eu de séparation et cet époux innocent ne se trouverait pas aujourd'hui dans le besoin. » — « Il semble à lire les arrêts, remarque enfin ce même auteur, que la question de savoir en quel titre l'époux a obtenu la pension alimentaire, soit une question de pur fait. Cela dépend de la rédaction du jugement ou de l'arrêt ; y a-t-on cité l'art. 212 ou l'art. 301 ? On introduit ainsi dans la justice un arbitraire absolu et un choix sans motif. » Cette interprétation rappellerait, en effet, le formalisme de l'ancienne procédure romaine.

Maintenons donc très fermement la solution qui nous paraît seule rationnelle. Le principe fondamental de la pension alimentaire après séparation de corps, est une obligation qui persiste entre les époux dont le mariage n'est pas dissous ; l'art. 301 n'a pas de raison d'exister, si le de-

(24) Riom, 27 janv. 1887, S. 1888.2.214.

(25) Planiol, *Revue précitée*, p. 561.

voir de secours est maintenu, l'art. 212 est donc seul applicable.

Ajoutons qu'indépendamment du secours alimentaire qui lui est alloué, l'époux innocent peut trouver dans les actes illicites de son conjoint, une cause génératrice de dommages-intérêts, fondée sur le préjudice moral et matériel qu'ils lui ont fait subir (26). Dans une formule très large, la Cour de cassation, dès 1913, proclamait que la pension alimentaire « ne fait pas obstacle à ce que l'époux puisse, en se fondant sur l'art. 1382 et conformément aux principes ordinaires en matière de responsabilité pécuniaire, demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant des faits qui ont servi de fondement au jugement de divorce ou de séparation de corps (27). »

Les tribunaux n'hésitent plus aujourd'hui, à assurer, comme en cas de divorce, au conjoint innocent atteint dans sa personne, son honneur, ses biens ou son crédit, la réparation du dommage que lui causent les fautes qui ont motivé la séparation de corps (28). Ces dommages-intérêts peuvent affecter la forme d'une pension qui ne présente pas un caractère alimentaire, et qu'il faut distinguer soigneusement de celle qui est destinée à faire vivre l'époux séparé. Cette dernière seule constitue une application directe de l'art. 212.

*
* *

(26) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 678.

(27) Req. 2 juillet 1913, précité.

(28) Caen 28 février 1902, Note De Loynes, D. 1908.2.300; Montpellier 30 juin 1926, Mon. jud. Midi, 1927.2.340; Trib. Lyon 1^{er} déc. 1926, S. 1927.2.21; Angers 23 déc. 1931, Gaz. Pal. 1932.1.347; Trib. Alençon 19 avril 1932, D.H.342; Montpellier 28 janv. 1936, Gaz. Pal. 1936.1.623.

CHAPITRE II

FONDEMENT JURIDIQUE EXACT DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE EPOUX APRÈS SÉPARATION DE CORPS

MAINTIEN DU DEVOIR DE SECOURS DE l'art. 212 C. Civ.

SECTION I. — *Sa justification.*

La séparation de corps est une institution qui, sans rompre le mariage, fait cesser l'obligation de vie commune qu'il imposait aux époux.

Ainsi que l'a écrit M. Beudant (1) : « C'est un divorce mitigé dans la mesure où il est compatible avec le mariage. Elle ne dissout pas le mariage ; elle rompt seulement l'unité du foyer ; c'est l'état de deux époux relevés par décision judiciaire, du devoir de cohabitation. » On peut dire, reproduisant la caractéristique expression du Premier Consul, que « la séparation de corps est au divorce, ce qu'est la suspension à la cassation (2). »

Tandis que le divorce met un terme à l'union conjugale, la séparation de corps maintient l'existence de cette union et en relâche simplement les liens. Il en résulte que les devoirs essentiellement attachés à la qualité d'époux doivent subsister. Parmi eux, figure incontestablement l'obligation alimentaire qui est de l'essence même du mariage, et sans laquelle cette institution ne saurait se concevoir. Ainsi apparaît la différence fondamentale qui distingue au point de vue juridique, l'obligation alimentaire après séparation de corps, de la même obligation après divorce.

(1) Beudant, op. cit., II, n° 135.

(2) Procès-verbal du 4 brumaire an X.

Le divorce emporte disparition définitive de tous les devoirs attachés au titre d'époux. Il éteint donc l'obligation de secours de l'art. 212 (et nous avons constaté l'erreur profonde des auteurs qui prétendaient la faire survivre à la rupture du mariage), d'où la nécessité où s'est trouvé le législateur, d'édicter dans l'art. 301, une disposition spéciale destinée à restituer au conjoint innocent, un droit alimentaire nouveau.

Après la séparation de corps, au contraire, les époux continuent à se devoir des secours, non pas en vertu de l'art. 301, non pas en vertu des conventions matrimoniales, aux termes des art. 1448, 1537, 1575, qui déterminent la manière dont chacun doit contribuer aux frais du ménage, mais comme époux, en vertu de l'art. 212, puisque le lien matrimonial existe toujours et que l'exécution de l'obligation alimentaire n'est pas inconciliable avec la cessation de la vie commune

Il en résulte cette importante conséquence pratique que le droit aux aliments ainsi maintenu, conserve le caractère de réciprocité qu'il revêtait durant le mariage et qu'il est exigible par celui des deux époux qui se trouve sans ressources, sans qu'il y ait à rechercher si le jugement de séparation a été rendu contre lui.

Notons que l'exercice du devoir de secours qui implique avant tout, sous sa forme normale, la communauté d'existence, se trouve modifié par la séparation de corps. Il ne peut plus consister dans une mise en commun des choses nécessaires à la vie, et l'apport mutuel par les époux, de leur travail et de leur fortune. Ce devoir prend désormais l'aspect d'une obligation alimentaire ordinaire et revêt la forme d'une pension. Mais le jugement de séparation de corps ne confère pas au conjoint bénéficiaire un droit nouveau ; il intervient seulement pour évaluer le droit aux aliments que celui-ci tient de son mariage et déclarer comment il est possible qu'il soit exécuté à l'avenir, puisque le mode normal est devenu impraticable. La pension alimentaire est donc la mise en œuvre du devoir de secours

lui-même, dont le mode d'exécution seul a changé, mais son origine se trouve toujours dans l'art. 212 C. civ et le fait du mariage.

SECTION II. — *Ses partisans.*

§ 1. — *La doctrine*

La doctrine reconnaît unanimement la persistance, au delà de la séparation de corps, du devoir de secours de l'art. 212, et on ne relève à ce sujet, aucune divergence dans les ouvrages de droit civil.

« Le devoir de se fournir des aliments, déclare Toullier (3), est essentiellement attaché au titre d'époux. Ce titre n'est pas anéanti par les événements qui troublent l'union conjugale, sans détruire le lien du mariage. Il reste l'honneur dû au nom sacré d'époux et d'épouse. La femme continue de porter le nom du mari. En un mot, en imposant aux époux le devoir de se secourir et de s'assister, de se fournir mutuellement tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, le Code n'a point excepté le cas de la séparation de corps, et on ne peut sans excès de pouvoir, suppléer des exceptions qui ne sont pas dans la loi. »

L'idée est exprimée par tous les autres commentateurs du Code civil : Duranton (4), Zachariae (5), Mourlon et Demangeat (6), Demolombe (7), Laurent (8), Aubry et

(3) Toullier, op. cit., II, n° 780.

(4) Duranton, Cours de droit français, II, p. 583.

(5) Zachariae, Le droit civil français, I, et ses annotateurs Massé et Vergé, I, § 156, p. 280, texte et note 7.

(6) Mourlon et Demangeat, Code civil, I, p. 487.

(7) Demolombe, op. cit., IV, Du mar. et de la séparat. de corps, n° 501.

(8) Laurent, op. cit., III, n° 348.

Rau (9), ainsi que par Massol (10), Huc (11), Vraye et Gode (12), Hitier (13), Carpentier (14) et Coulon (15).

« Le devoir de secours survit aussi à la séparation de corps, écrivent MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (16); l'un des époux pourra donc être condamné à payer une pension alimentaire à l'autre, si celui-ci se trouve sans ressources.

Le droit aux aliments existe même au profit de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, puisqu'il dérive d'une obligation inhérente au mariage.»

« Le devoir de secours survit à la séparation de corps, affirme à son tour M. Planiol (17), parce qu'il est un effet du mariage indépendant de la vie commune. »

Le maintien du devoir de secours après séparation de corps, a d'ailleurs été constaté plusieurs fois, comme une règle indiscutable, lors des travaux préparatoires de la loi du 6 février 1893, portant modification du régime de cette institution.

Les débats relatifs aux devoirs de secours et d'assis-

(9) Aubry et Rau, op. cit., VII, p. 368, § 485.

V. aussi Favard de Langlade, Répert. v^o Séparat. entre époux, sect. 2, § 3, n^o 4. — Vazeille, Du mariage, II, n^o 588. — Allemand, op. cit., II, n^o 1440. — Chardon, Puiss. maritale, p. 437. — Ducaurroy, Bonnier et Roustain, Comment., I, n^o 415. — Valette, Explicat. Code Napoléon, p. 247. — Demante, Cours analytique, II, n^o 30. — Delvincourt, Cours de Code civil, I, p. 82.

(10) Massol, De la séparation de corps et de ses effets quant aux personnes et quant aux biens, p. 194, n^o 6.

(11) Huc, op. cit., II, n^o 440.

(12) Vraye et Gode, op. cit., II, n^o 815.

(13) Hitier, op. cit., p. 100.

(14) Carpentier, op. cit., n^o 423.

(15) Coulon, op. cit., V, ch. 4, § 2, p. 25.

(16) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit. Des Personnes, IV, n^o 316.

(17) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n^o 678. — Cf. Revue crit. 1887 et 1889. — Conseiller Dagallier, Rapport précité ss. Req. 7 avril 1873. — Charles Massigli, Revue crit. 1884, 1885, 1886, 1894. — Cohendy, Note D. 1893.2.218. — Léon Michel, Note D. 1897.1.553. — Piérard, op. cit., II, n^o 839.

tance révèlent cependant deux opinions contradictoires. M. Arnault (18), dans son rapport à la Chambre des députés, disait : « Les époux sont mutuellement affranchis des devoirs personnels de secours et d'assistance (art. 212). »

M. Pâris (19) exposait au Sénat, en 1887, une théorie absolument différente : « Sans doute, déclarait-il, la séparation de corps se distingue profondément du divorce, elle respecte l'indissolubilité du mariage, il y a plus, les époux se doivent comme par le passé, fidélité et secours. » Et plus loin, même séance : « ...Les devoirs de secours et d'assistance sont réciproques, ils créent un droit aussi bien pour la femme que pour le mari. »

M. Falcimaigne (20), commissaire du gouvernement, confirmait quelques années plus tard ces dernières paroles : « Il est un certain nombre d'obligations réciproques qui survivent à la séparation de corps et notamment la créance d'aliments (21). »

Il y a donc contradiction entre les explications de M. Arnault et celles de MM. Pâris et Falcimaigne. Quelles sont celles qui doivent faire autorité et déterminer l'interprète ?

Les dernières sont, en réalité, seules conformes à l'esprit général de la réforme, en même temps qu'à la nature juridique de la séparation de corps. Le but de la loi de 1893 a été d'affranchir la femme séparée de la puissance maritale, de supprimer l'autorisation dans les hypothèses où elle était requise auparavant, mais elle ne s'est jamais proposé d'anéantir les obligations qui ne révèlent aucune

(18) Rapport de M. Arnault à la Chambre des députés, séance du 28 nov. 1887 ; cité par Coulon, op. cit. V, ch.4, p.121.

(19) Rapport de M. Pâris au Sénat, séance du 18 janv. 1887, J. Off. 19 janvier 1887.

(20) Discours de M. Falcimaigne au Sénat, séance du 16 janv. 1893, J. Off. 17 janvier 1893.

(21) V. encore Rapport de M. Demôle au Sénat, séance du 10 nov. 1892 ; cité par Coulon, op. cit., V, ch.4, p. 157.

idée de dépendance, d'infériorité, de subordination. Si le devoir d'assistance se trouve en fait sans application — ce devoir consiste dans un ensemble de soins, déférences, témoignages respectueux, tous actes supposant la réalité de la vie commune — le devoir de secours ne cesse pas d'avoir sa raison d'être. L'un des époux peut tomber dans le besoin, l'infortune, il serait cruel de lui enlever le droit de recourir à son conjoint.

De plus, lors de la discussion au Sénat, les adversaires de la réforme ayant objecté que l'exercice de sa pleine capacité, permettrait à la femme, en aliénant ses immeubles, de priver le mari des sûretés ordinaires garantissant le service de sa créance alimentaire éventuelle, les partisans du système aujourd'hui consacré, répondirent que l'argument ne portait pas, attendu que ce danger allait aussi bien exister quand la femme aurait droit aux aliments, puisqu'on ne prenait pas contre le mari débiteur, les garanties que l'on prétendait prendre contre la femme (22).

Dans l'esprit des rédacteurs de la loi, la dette alimentaire était de nature à se présenter, le devoir de secours réciproque subsistait. Il faut donc effacer dans le très remarquable rapport de M. Arnault, les quelques lignes relatives à la suppression du droit aux aliments de l'art. 212.

§ 2. — *La jurisprudence.*

Les Cours et tribunaux qui se sont toujours conformés sur ce point aux vues de la doctrine, ont affirmé dans des décisions très anciennes, le maintien du devoir de secours fondé sur la persistance du lien conjugal, après séparation de corps (23).

(22) M. Falcimaigne, Discours précité.

(23) Req. 28 juin 1815, précité ; Colmar, 9 janv. 1834 ; Lyon, 16 mars 1835, précité ; Bordeaux, 8 janv. 1838, D. 1838.2.59 ; Aix, 18 janv. 1841, précité.

Le principe est excellemment posé par un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1850 (24) : « Attendu en droit, que si aux termes de l'art. 212 C. civ., les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance, d'où naît l'obligation réciproque pour les époux, alors même qu'ils sont séparés de corps, de se fournir des aliments... »

Il a été ensuite constamment reproduit dans les décisions postérieures (25). Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 31 mai 1937 (26), l'a tout récemment rappelé : « Attendu qu'en matière de séparation de corps, l'arrêt qui alloue au conjoint innocent une pension alimentaire, peut ne pas faire état de la limitation imposée par l'art. 301 C. civ., l'obligation alimentaire prévue par l'art. 212 C. Civ., subsistant entre conjoints après la séparation de corps ».

La jurisprudence en tire cette conséquence que, motivée et justifiée par la persistance de l'union matrimoniale, l'obligation de secours conserve son caractère de réciprocité, et qu'il importe peu que la pension soit réclamée par le conjoint innocent ou par celui dont les torts ont nécessité l'instance et contre lequel la séparation de corps a été prononcée (27).

SECTION III. — Intérêts du maintien du devoir de secours entre époux séparés de corps.

Le régime de la pension alimentaire après séparation de corps est réglé par l'art. 212 qui, nous l'avons dit plus haut, survit avec l'union conjugale.

(24) Cass. 8 juil. 1850, D. 1850.1.225.

(25) Paris, 4 déc. 1875, précité ; Cass, Tunis, 23 sept. 1880, S. 1881.4.16 ; Civ. 3 avril 1883, S. 1884.1.71 ; Req. 27 janv. 1890, D. 1890.1.447 ; Trib. Seine, 16 juil. 1908, Gaz. Trib. 1^{er} août 1908 ; Cass. 2 juillet 1919, S. et P. 1920.1.74 ; Req. 20 janv. 1920, précité, et 31 janv. 1928 (sol. impl.) D. 1928.1.12 ; Bordeaux, 25 oct. 1933, Rec. Bordeaux 1934.211 ; Civ. 11 mars 1935, Gaz. Pal. 11 avril 1935.

(26) Req. 31 mai 1937, précité.

(27) Arrêts précités.

Il en résulte cette double conséquence pratique très importante que

1. Cette pension alimentaire est exigible par l'un et l'autre des époux, quels que soient les griefs du débiteur d'aliments contre celui qui les réclame, puisque le lien matrimonial en est la source.

Nous avons vu, au contraire, que la pension de l'art. 301 n'est due qu'au conjoint innocent, contraint de renoncer aux espérances légitimes qu'il avait conçues sur la durée de l'union et l'organisation matérielle de sa vie.

2. Elle ne comporte, au point de vue du quantum, l'observation d'aucun maximum légal, le devoir de secours présentant un caractère moral absolu, insusceptible de limitation mathématique, mais comportant seulement des limites pratiques à apprécier par le juge. La pension alimentaire après séparation de corps est fixée uniquement d'après les règles relatives au montant des aliments (art. 208). Il conviendra donc de considérer à la fois, l'étendue des besoins de l'époux qui la sollicite et les facultés de celui qui la doit.

La loi fixe, au contraire, au tiers des revenus de l'époux coupable, le taux maximum de la pension après divorce.

Ajoutons au surplus, que la pension obtenue par l'époux séparé de corps, comporte tous les caractères des pensions alimentaires de droit commun. Il n'y a donc pas lieu de lui appliquer les règles exceptionnelles qui gouvernent celle qui est allouée au conjoint innocent en vertu de l'article 301. C'est ainsi qu'il faut décider.

1. Qu'elle peut être sollicitée à tout moment, même après le jugement de séparation de corps, quelles que soient la date et l'origine de l'indigence de l'époux demandeur.

Nous verrons par contre, que la pension de l'art. 301 ne peut être réclmée après la prononciation du divorce,

que lorsque la gêne invoquée par le conjoint innocent est en rapport direct de cause à effet avec la dissolution du mariage.

2. Qu'elle est incessible et qu'il n'est pas possible de transiger à son sujet ou d'y renoncer : l'époux séparé de corps ne peut donc restreindre conventionnellement pour l'avenir, l'étendue de sa créance alimentaire, ni s'en priver définitivement, tandis que la jurisprudence admet, en raison du fondement indemnitaire de l'art. 301, la validité des conventions conclues à cet effet entre époux divorcés.

3. Qu'elle est intransmissible aux héritiers du débiteur, à la différence de la dette alimentaire après divorce, sous réserve de l'application de l'art. 205 au bénéfice de l'époux survivant quel qu'il soit, qui se trouve dans le besoin.

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE COMPARATIVE ENVISAGÉE QUANT AUX DIFFÉRENCES DÉCOULANT DES FONDEMENTS JURIDIQUES RESPECTIFS DE LA PENSION ALIMENTAIRE APRÈS DIVORCE ET DE LA PENSION ALIMENTAIRE APRÈS SÉPARATION DE CORPS.

Les notions d'indemnité alimentaire et de maintien du devoir de secours, qui justifient respectivement la pension après divorce et la pension après séparation de corps, déterminent un certain nombre de différences relatives à leur régime juridique.

Ces différences affectent les conditions d'obtention de la pension, son montant et ses causes d'extinction, mais non les garanties qui en assurent le service, car la jurisprudence applique à ce sujet les mêmes règles à la pension du conjoint divorcé et à celle de l'époux séparé de corps. Tels sont donc les seuls points que nous envisagerons dans la seconde partie de cette étude.

A. — LES CONDITIONS D'OBTENTION D'UNE PENSION ALIMENTAIRE

L'art. 301 C. civ. dispose : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire... »

L'analyse de ce texte fait apparaître nettement deux conditions :

1. La prononciation du divorce au profit de l'époux demandeur.
2. L'absence ou l'insuffisance d'avantages matrimoniaux pour assurer sa subsistance.

Ajoutons que le conjoint innocent doit au surplus, introduire une demande en justice, à l'effet d'obtenir la pension.

Aucun article du Code civil, par contre, ne traite spécialement de l'obligation alimentaire entre époux séparés de corps, mais il nous est possible, à défaut de texte, de déterminer ces conditions à la lumière de son fondement juridique, et des principes généraux qui gouvernent dans notre droit, les créances d'aliments.

Elles sont relatives à :

1. L'époux bénéficiaire de la pension
2. L'existence du besoin
3. La demande en justice.

Notre comparaison portera successivement sur ces trois points. Nous étudierons ensuite le sort de la dette alimentaire entre conjoints séparés, au cas de conversion de la séparation de corps en divorce.

CHAPITRE PREMIER

L'ÉPOUX CRÉANCIER DE LA PENSION

SECTION I. — *L'époux bénéficiaire du divorce.*

Non-réciprocité de la pension de l'article 301.

Le Droit intermédiaire avait, en introduisant le divorce en France, consacré le principe d'une pension alimentaire réciproque (art. 8 loi 20 septembre 1792), mais lors de l'élaboration du Code, la Commission de législation abandonna cette idée et le texte définitivement adopté ne l'a pas reproduite. Ses dispositions sont impératives : seul l'époux qui a obtenu le divorce possède la qualité requise pour invoquer l'art. 301 (1).

La jurisprudence a constamment réservé à l'époux innocent, le droit de prétendre à une pension alimentaire (2). Mais il ne suffit pas que le divorce ait été prononcé au profit du demandeur, il faut encore que ce profit soit exclusif. Aucun des deux époux ne peut donc réclamer une pension, si le divorce a été prononcé à leurs torts réciproques. Il n'y a plus en effet, ni époux coupable, ni époux innocent, le mariage ayant été rompu par leur faute commune. On ne saurait invoquer ici, la théorie de l'inégalité des fautes (3). La Cour de Bourges avait cru cependant, dans un

(1) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 638.

(2) Nîmes, 19 mai 1886, Gaz. Pal. 1886.2.559 ; Cass. 24 nov. 1886, précité ; Paris, 16 juin 1888, Gaz. Pal. 1888.2.83 ; Douai, 21 janv. 1890, Gaz. Pal. 1890.1.612 ; Toulouse, 1^{er} août 1890, D. 1891.2.364 ; Cass. 28 janv. 1925, précité ; Req. 8 déc. 1930, Gaz. Pal. 1931.1.135 et 16 déc. 1931, précité ; Civ. 4 juil. 1932, D.H. 477.

(3) Béquignon Odette, Les sanctions civiles en cas de divorce. Thèse, Caen 1928, p. 20.

arrêt en date du 27 juillet 1885, devoir se livrer à une étude comparative des fautes commises respectivement par les deux conjoints, et allouer une pension alimentaire à celui qui lui paraissait être le moins coupable. Mais la Cour de cassation a annulé cette décision pour le motif : « qu'il résulte de l'art. 301 que l'époux seul qui a obtenu le divorce peut en réclamer le bénéfice dont est déchu celui contre qui le divorce a été prononcé (4) ». La jurisprudence n'a jamais varié depuis (5).

Il n'y a pas lieu davantage à pension, lorsque l'un des époux obtient le divorce et l'autre, la séparation de corps. D'une part, en effet, le divorce a mis fin au devoir de secours de l'art. 212 ; d'autre part, l'identité des motifs de ces deux institutions, doit empêcher le premier des époux de se prévaloir de l'art. 301, puisque la séparation a fait constater chez lui des fautes qui, si elles avaient été alors connues, ne lui auraient pas permis d'obtenir le divorce à son profit. Sans doute, le jugement de divorce est chose acquise, mais l'époux demandeur n'a pas un droit absolu à la pension ; celle-ci, dit le texte, « pourra être accordée par le tribunal » et ce dernier a, dans ces circonstances, des raisons très suffisantes de la refuser. Les torts de l'un étant apparus dans la première instance, et ceux de l'autre dans la seconde, il est équitable et rationnel d'adopter la solution applicable en présence de torts réciproques, c'est-à-dire l'impossibilité de toute pension alimentaire (6). La même solution est d'ailleurs donnée en ce qui concerne les autres conséquences du divorce (7).

(4) Cass. 24 nov. 1886, précité.

(5) Orléans, 30 mars 1887, D. 1888.1.567 ; Toulouse, 1^{er} août 1890 ; Req. 27 janv. 1891, précités ; Civ. 30 juil. 1902, D. 1902.1.495.

(6) Cass. 22 avril 1913, S. 1913.1.356 et 22 février 1922, D. 1922.1.62 ; Req. 24 juillet 1912, Gaz. Trib. 31 juillet 1912, 9 février 1925, S. 1925.1.102, 22 oct. 1930, D. 1931.1.131, et 23 mars 1931, D. 1931.1.131 ; Civ. 4 juillet 1932 et 16 mai 1933 ; Douai, 23 mai 1938, précités.

(7) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 636.

SECTION II. — *Les deux époux séparés de corps.*
Réciprocité du devoir de secours de l'article 212.

Résultant uniquement comme nous l'avons indiqué, de la persistance des liens du mariage, le devoir de secours conserve après la séparation de corps, son caractère de réciprocité.

Les époux se sont en effet, promis par l'union conjugale, et quels qu'en soient les résultats plus ou moins heureux, aide et assistance. L'époux qui obtient la séparation continue évidemment à bénéficier du droit aux aliments vis-à-vis de son conjoint, mais celui-ci n'est nullement déchu de ce même droit : « Le devoir de se prêter mutuellement secours et assistance est la principale, la plus sacrée des obligations qui naissent du mariage, écrit Allemand (8). Comment un époux pourrait-il laisser livrée à la misère, à la faim, une épouse même coupable ? La religion et la morale ne seraient-elles pas également révoltées d'un tel abandon ? »

La jurisprudence n'a jamais varié sur ce point (9) et une tentative faite en sens contraire par la Cour de Douai, a été immédiatement repoussée par la Cour suprême. La Cour de Douai avait, en prononçant la séparation de corps aux torts respectifs des époux L..., refusé une pension alimentaire à la femme. Sur pourvoi de la dame L..., la Cour de cassation (10) a annulé cet arrêt pour le motif suivant :

« Attendu que la séparation de corps aux torts réciproques laissant subsister le devoir de secours et d'assistance, *chaque époux est en droit d'exiger de son conjoint des aliments...* Attendu que l'arrêt attaqué prononçant la séparation de corps aux torts réciproques des époux L... a

(8) Allemand, *op. cit.*, II, n° 1440.

(9) V. arrêts cités, *suprà*, p. 118 et 119.

(10) Civ. 11 mars 1935, précité.

refusé à la dame L... toute pension alimentaire, en se fondant sur l'unique motif que la séparation de corps était prononcée aux torts réciproques des époux. *Mais attendu que si un tel motif suffit à justifier le rejet d'une demande de pension alimentaire en vertu de l'art. 301 C. civ., il en est autrement quand elle est formée par une femme séparée de corps dans les conditions prévues par les art. 208 et 212 C. civ.* »

C'est là, en effet, la différence essentielle, nettement mise en évidence dans cet arrêt, qui distingue la dette alimentaire entre époux divorcés, nécessairement unilatérale, puisqu'elle puise sa source dans une faute de l'époux coupable, et la dette alimentaire après séparation de corps nécessairement réciproque, puisqu'elle se fonde sur le maintien du devoir de secours de l'art. 212.

« Il eût fallu une disposition formelle pour déclarer l'époux coupable déchu du droit aux aliments, car c'eût été une peine et il n'y a point de peine sans loi pénale (11). »

Il n'y a pas d'ailleurs à s'attacher aux causes pour lesquelles la séparation de corps a été obtenue. La Cour de Lyon (12) a jugé recevable la demande d'aliments formée par l'époux coupable après la séparation de corps prononcée pour adultère (13).

Le seul effet particulier qui résulte de la séparation de corps, en ce qui concerne l'obligation alimentaire, c'est qu'elle ne peut plus être acquittée à l'avenir que par des versements en numéraire. L'époux débiteur n'aurait pas le droit d'offrir à l'autre, la cohabitation ou même la résidence dans une maison lui appartenant, pas plus que l'époux créancier ne serait fondé à exiger de son conjoint qu'il le reçoive chez lui (14).

(11) Laurent, op. cit., III, n° 348.

(12) Lyon, 16 mars 1835 ; Cf. Civ. 3 avril 1883, précités.

(13) Sur le sort du devoir alimentaire entre époux au cas d'adultère de la femme dans l'ancien droit, C. supra, p. 25 et s.

(14) Laurent, op. cit., III, n° 348.

CHAPITRE II

L'EXISTENCE DU BESOIN

SECTION I. — *L'insuffisance des revenus de l'époux divorcé innocent.*

L'époux divorcé n'échappe pas à l'obligation qui incombe à tout créancier d'aliments, d'apporter en justice, la preuve de ses besoins. Le fait qu'il a obtenu le bénéfice de la procédure gratuite pour intenter l'action en divorce, n'est qu'une simple présomption qui peut être combattue par des présomptions contraires. De quelles ressources, le demandeur devra-t-il établir l'insuffisance ?

L'art. 301 dont la rédaction est d'ailleurs peu précise sur ce point, n'indique que les avantages matrimoniaux — il s'agit évidemment de ceux que l'époux coupable a stipulés au profit de son conjoint (1). — Il faut entendre par là, les diverses dispositions contenues dans le contrat de mariage, et susceptibles d'avantager l'époux innocent, lors de la liquidation, telles que donations, gains de survie, clauses de préciput ou de partage inégal. Il va de soi que les tribunaux ne doivent prendre en considération, pour en apprécier l'importance, que les avantages matrimoniaux immédiatement réalisables ; les gains de survie éventuels et tous avantages qui ne prennent pas ouverture au jour de la prononciation du divorce, ne sauraient entrer en ligne de compte (2).

(1) Carpentier, op. cit., n° 361.

(2) Vraye et Gode, op. cit., II, n° 705.

Mais la lettre de l'art. 301 semble accorder à l'époux offensé, le droit de réclamer une pension, dès qu'il ne trouve pas dans les stipulations que nous avons citées à titre d'exemples, le moyen de subvenir à ses besoins, quelles que fussent par ailleurs ses ressources personnelles. Telle n'a certainement pas été la pensée du législateur qui, en parlant d'avantages matrimoniaux, s'est simplement inspiré de la rédaction de l'art. 299. L'expression « pension alimentaire » prouve par elle-même, qu'il s'agit d'un secours destiné à assurer la subsistance quotidienne, et implique nécessairement l'idée d'un besoin effectif (3). On conçoit donc que si l'époux innocent est dans l'aisance, il ne saurait être question d'aliments, sans fausser l'idée et le principe d'indemnité. Si la pension devait tenir lieu, en tout ou en partie d'avantages matrimoniaux, elle ne serait pas alimentaire et serait d'autre part, dépourvue de toute justification car en aucune hypothèse, les conjoints ne sont tenus de s'avantager l'un l'autre. L'époux offensé ne peut donc prétendre à une pension que si, ni ses biens propres, ni sa part de communauté ne lui fournissent les ressources nécessaires à son existence (4).

Mais seules les facultés personnelles du demandeur doivent être prises en considération. Il importe peu qu'il ait des parents tenus envers lui de l'obligation alimentaire prévue par les art. 205 et suivants, et en état de lui venir en aide. Pendant le mariage, le devoir de secours pesait en première ligne sur les époux. Il serait souverainement immoral et contraire au principe de l'indemnité consacré

(3) Châlons-sur-Marne, 14 avril 1905, S. 1906.2.52 ; Grenoble, 21 mai 1924, D.H.520 ; Montpellier, 29 juin 1927, D.H. 471 et 13 février 1929, Mon. jud. Midi, 1^{er} avril 1929 ; Req. 16 déc. 1931, précité.

(4) Demolombe, Traité du divorce, n° 368. — Vraye et Gode, op. cit., II, n° 706. — Carpentier, op. cit., n° 362. — Coulon, op.cit., V, p. 244. Trib. Seine, 5 mars 1887, Le Droit, 25 mars 1887 ; 17 mai 1896, Le Droit, 1^{er} juillet 1896 et 15 avril 1913, Gaz. Trib. 29 août 1913 ; Poitiers, 17 mars 1891, La Loi, 8 mai 1891.

par l'art. 301, que le conjoint coupable s'en trouvât délié par le fait du divorce, au préjudice de ceux qui n'en étaient tenus qu'après lui (5).

Les auteurs interprètent d'ailleurs en général, très largement, le mot « subsistance » : « Il est dans l'esprit de la loi, dit Laurent (6), que l'époux innocent ne perde rien par le divorce, qu'il conserve la position d'aisance que son conjoint lui avait faite. »

« Il faudra tenir compte, déclare Coulon (7), de son âge, de son sexe, de sa santé, de sa condition sociale, de ses habitudes et de mille autres circonstances de fait, pour peser si ses ressources personnelles sont insuffisantes pour assurer sa subsistance. »

La loi a en effet, confié à la sagesse et à l'équité du juge, le soin d'apprécier l'existence et l'étendue des besoins de l'époux créancier. Or, les tribunaux ont adopté sur ce point, l'interprétation très large de la doctrine. La jurisprudence insiste constamment, sur la nécessité de maintenir au conjoint innocent, une situation pécuniaire analogue à celle qu'il possédait pendant le mariage, et consacre le principe que la pension doit être calculée de manière à lui permettre de garder le rang et le genre de vie auxquels il était accoutumé (8).

SECTION II. — *Le besoin de l'époux séparé de corps*

Dès lors que l'obligation alimentaire subsiste entre époux séparés de corps, elle conserve ses caractères géné-

(5) Gand, 25 mai 1849, Pas. Belg. 1849.2.231 ; Aix, 26 nov. 1931, précité. Laurent, op. cit., III, n° 309. — Carpentier, op. cit., n° 365. — Vraye et Gode, op. cit., II, n° 698. — Poulle, op. cit., p. 255. — Coulon, op. cit., V, p. 243. — Demolombe, op. cit., n° 373.

(6) Laurent, op. cit., III, n° 309. — Cf. Demolombe op. cit., n° 368. — Huc, op. cit., II, n° 419.

(7) Coulon, op. cit., V, p. 245.

(8) Agen, 13 mai 1889 ; Req. 12 avril 1901, 27 janv. 1890 et 25 mars 1924 ; Paris 12 juil. 1926, précités.

raux. L'allocation d'une pension n'est donc justifiée que si l'époux demandeur se trouve dans l'indigence, et si son conjoint a les moyens de lui venir en aide (9) (art. 208).

Les besoins de celui qui invoque l'application de l'art. 212 doivent être clairement démontrés et les tribunaux se livrent sur ce point à une enquête minutieuse, surtout si le défendeur n'a d'autres moyens de subsistance que son travail (10). Conformément à l'art. 1315 C. civ., c'est à l'époux demandeur qu'il appartient tout d'abord de faire la preuve de son dénuement ; son conjoint, s'il ne veut pas être condamné, doit ensuite prouver qu'il est dépourvu de ressources, ou que celles qu'il possède sont insuffisantes pour lui permettre de fournir des aliments au demandeur. Il est certain en tous cas, que les avantages réciproques qu'auraient pu se consentir les époux par contrat de mariage, et qui subsistent au profit de l'époux innocent, ne doivent pas motiver le refus de la pension, ni entrer en ligne de compte pour la fixation de son taux. Il s'agit, en effet, d'exécuter une obligation qui prend sa source dans le mariage, et dont on ne saurait entraver l'accomplissement, en alléguant l'existence d'une donation antérieure dont l'émolument risque d'ailleurs d'être insuffisant. On ne peut toutefois, poser des principes absolus en cette matière, car il a été jugé que les revenus d'une somme donnée par contrat de mariage et encore existante, doivent être imputés sur les arrérages de la pension qui incombe au mari donateur.

Comment le besoin est-il apprécié en matière de séparation de corps ? Les tribunaux jouissent à cet égard d'un pouvoir souverain. Les principaux motifs sur lesquels ils se sont appuyés, pour écarter des demandes d'aliments, sont tirés non seulement de la possession de moyens suffi-

(9) Cass. 3 avril 1883 et 27 janv. 1890, précités. — Massigli, *Revue crit.*, 1885.

(10) Cass. 8 juillet 1850, précité.

sants excluant une prétendue indigence, mais encore de ce que le dénuement provient d'une inconduite habituelle. Ils appliquent en général cette règle, à l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, et qui continue à mener après le jugement, une existence déréglée. C'est ainsi qu'il a été jugé, que la demande formée par le mari coupable, doit être repoussée, lorsqu'il est reconnu d'une part, que ses besoins ont pour cause, une vie de débauche et de dissipation, et d'autre part, qu'étant jeune et en bonne santé, il peut assurer sa subsistance par son travail (11).

L'inconduite du réclamant pourrait même être considérée, comme suffisant à elle seule, pour faire rejeter sa demande. La Cour d'Aix (12) confirmant un jugement du Tribunal de Marseille, a décidé, qu'accorder une pension à la femme qui continue à vivre publiquement avec son complice, après la séparation de corps prononcée pour adultère, « serait favoriser aux dépens de son mari et de son enfant le genre de vie scandaleux qui lui est reproché », et lui a imposé l'obligation, pour en obtenir l'acquittement de se retirer dans sa famille.

Cette décision est juridiquement fondée, si l'on considère que la séparation de corps ne délie pas les époux du devoir de fidélité, et que l'honneur du mari souffre de la conduite scandaleuse d'une femme qui porte encore son nom. On ne saurait contraindre le mari à exécuter ses obligations envers l'épouse qui méconnaît elle-même ses devoirs. Nous sommes toutefois ici, en présence d'une fin de non-recevoir, tirée de la conduite morale du créancier d'aliments que la loi n'a pas consacrée, car elle n'exige pas d'une façon générale que ses besoins aient une cause légitime ; il s'agit, non de lui faire supporter le poids de sa responsabilité, mais au contraire de le lui alléger (13).

(11) Cass. 8 juillet 1850, précité.

(12) Aix, 18 janv. 1841, précité.

(13) Demolombe, Cours de Code civil, IV, Du mar. et de la séparation de corps, n° 48.

La jurisprudence contraire, relative à la séparation de corps, a été consacrée par plusieurs arrêts (14) et approuvée par quelques auteurs (15). MM. Colin et Capitant (16) en particulier, font remarquer que la seule hypothèse où la créance alimentaire se trouve influencée par la conduite de l'indigent, est indiquée par l'art. 301 C. civ. C'est celle où cette créance prend sa source dans un préjudice résultant d'une faute du défendeur, ce qui explique que ce texte n'attribue de pension qu'au seul époux innocent. « Et pareillement, ajoutent-ils, la pension due par un époux séparé de corps à l'autre époux, pourrait se ressentir des écarts de ce dernier, puisqu'elle peut, *parte in qua*, reposer elle aussi, sur le fondement de l'art. 1382 ».

Nous nous demandons cependant si cette opinion est bien fondée en droit, et si elle ne devrait pas s'effacer devant les termes formels de l'art. 212 C. civ. Les règles de la matière sont très claires ; le mariage n'est pas dissous, le devoir de secours subsiste, c'est l'art. 212 qui est seul et toujours applicable ; or ce texte établit entre les époux une obligation réciproque et identique.

Mais l'époux demandeur ne peut être considéré comme indigent, et par suite, n'a le droit de réclamer une pension, qu'autant qu'il est incapable par son travail, de subvenir à ses besoins (17), car « la loi ne doit point favoriser le désœuvrement et la paresse, ni surtout en faire une cause d'obligation à la charge d'un tiers (18) ». Dans quels cas doit-il être réputé incapable de travailler ?

(14) Lyon, 16 mars 1835 ; Aix, 18 janv. 1841 ; Paris, 4 déc. 1875 ; Cf. Civ. 3 avril 1883, précités.

(15) Le Senne, op. cit., n° 383. — Duranton, op. cit., II, n° 633. — Massol, op. cit., p. 194, n° 6. — Vraye et Gode, op. cit., II, n° 817. — Massigli, Revue précitée.

(16) Colin et Capitant, op. cit., I, p. 374.

(17) L'absence de travail a toujours été reconnue comme la première condition du besoin : « Si quis non vult operari, nec manducet. ».

(18) Demolombe, op. cit., IV, n° 46.

C'est une question assez complexe, que les juges du fait ont le pouvoir souverain de trancher. Il est évident que l'âge et la santé peuvent entraîner une impossibilité absolue de travailler, mais le juge ne doit pas s'arrêter à ces seules considérations. Il lui faut aussi envisager la position sociale du réclamant, son éducation, ses aptitudes particulières, dont l'examen lui permettra de déterminer s'il est ou non dans la possibilité de se procurer des ressources, par un travail qui soit en rapport avec ces éléments de fait (19). La possibilité de travailler doit en effet, être appréciée d'une façon raisonnable ; on ne saurait, par exemple, écarter la demande d'aliments, par cela seul qu'un emploi quelconque assurerait la subsistance quotidienne du créancier. Il ne suffit pas d'ailleurs, pour motiver le refus, que le réclamant ait appris un métier, encore faut-il qu'il trouve à faire usage de ses connaissances. Un arrêt de la Cour de Toulouse (20) a décidé, conformément à ces principes, qu'une femme qui a obtenu la séparation de corps, ne peut refuser des aliments à son mari, bien qu'il soit capable de travailler, alors que l'instruction qu'il a reçue, en sa qualité de fils de famille, ne lui permet pas de se livrer à une besogne quelconque, et que d'autre part, il n'a pu trouver malgré ses efforts, une profession correspondant à son éducation et à sa position sociale.

Le besoin du réclamant opposé à la suffisante fortune du défendeur, constitue donc la seconde condition requise pour l'allocation de la pension alimentaire, et les juges sont obligés de faire droit à la demande lorsqu'elle est remplie.

* * *

(19) Colmar, 8 août 1813 ; Rennes, 12 juin 1810, D.R. V^o Mariage, n^o 658.

(20) Toulouse, 30 déc. 1891, La Loi, 23 déc. 1892.

CHAPITRE III

LA DEMANDE EN JUSTICE

SECTION I. — *La demande en justice de l'époux divorcé*

§ 1. — *Allocation d'une pension alimentaire par le jugement de divorce*

La demande en justice est la troisième condition implicitement contenue dans l'art. 301. Le tribunal « peut » accorder une pension à l'époux innocent. Le juge ne la lui alloue donc pas d'office. Il ne peut statuer que sur une demande expresse formée à cet effet.

L'époux innocent dépose en général des conclusions en ce sens, au cours de l'instance en divorce, par demande accessoire, s'il est demandeur au principal, par demande reconventionnelle, s'il est défendeur. La pension alimentaire lui est alors accordée par le jugement même qui prononce le divorce. Mais peut-elle l'être par une décision ultérieure ?

Une distinction s'impose, suivant qu'il s'agit d'une décision ultérieure rendue dans la même instance ou dans une instance nouvelle. La pension est allouée en raison de la fortune du débiteur et des besoins du créancier. Or, ce n'est souvent qu'après la clôture des opérations de liquidation de la communauté, que le tribunal pourra utilement apprécier, d'une part, l'importance des ressources du premier, d'autre part, la suffisance ou l'insuffisance des avantages matrimoniaux stipulés au profit du second. « Cet acte lui est indispensable pour statuer en connaissance de cause et dire s'il y a lieu ou non d'appliquer pour l'avenir

l'art. 301 (1) ». Il peut donc sans difficulté, surseoir à statuer sur la pension, jusqu'au règlement des intérêts pécuniaires des époux (2).

§ 2. — *Allocation d'une pension par jugement postérieur au divorce*

Nous venons d'envisager l'hypothèse où la demande de pension est contemporaine de l'instance en divorce, mais si l'époux innocent n'a formé aucune demande pendant cette instance, ou si le tribunal a rejeté celle qu'il avait présentée, peut-il intenter postérieurement une action principale en pension alimentaire ?

La recevabilité n'en paraît pas douteuse au seul point de vue procédural. L'art. 301 ne fixe en effet aucun délai, dont l'expiration fut susceptible d'entraîner la déchéance du demandeur. La question a été néanmoins vivement controversée. Les partisans de la pension-secours : Laurent, Goirand, Poulle, Coulon (3), s'opposent en général à la recevabilité d'une demande de pension postérieure au divorce. Si l'un des effets juridiques du mariage peut exceptionnellement survivre à sa dissolution, encore faut-il que le juge prononce, quand tout lien n'a pas disparu entre les époux, car il n'est pas en son pouvoir de faire renaître ce

(1) De Loynes, Note D. 1911.1.26.

(2) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 639.

Si l'époux innocent a omis de réclamer une pension en première instance et que le jugement de divorce soit frappé d'appel par son conjoint, il ne peut le faire devant la Cour, car il s'agirait sans conteste d'une demande nouvelle. La réclamation formulée pour la première fois en appel ne serait cependant pas écartée, si elle ne constituait qu'une conséquence ou un accessoire de la demande soumise aux juges de première instance. — V. Paris, 21 juin 1916, D. 1921.2.115. — Cf. Paris, 21 janvier 1886, S. 1886.2.129.

(3) Laurent, op. cit., III, n° 310. — Goirand, op. cit., p. 215. — Poulle, op. cit., p. 255. — Coulon, op. cit., V, p. 233. — Contra, Huc, op. cit., II, n° 417. — Carpentier, op. cit., n° 370, V. supra, p. 48 et 49.

que le divorce a définitivement anéanti (4). C'est ainsi que la Cour de Riom (5) se fondant sur la survie du devoir de secours, a rejeté la demande introduite par une femme, après la prononciation du divorce par l'officier de l'état-civil (6), pour le motif « qu'à partir de ce moment, les époux sont devenus étrangers l'un à l'autre et après un tel changement d'état, il ne saurait plus être question entre eux de la réclamation d'une pension qui, si elle offre à certains égards le caractère d'une véritable indemnité, se rapporte aussi et surtout aux devoirs mutuels d'assistance qui dérivent du mariage et aux obligations alimentaires qui ne peuvent subsister pour les époux, qu'autant que subsiste leur qualité d'époux ».

Mais la jurisprudence de cet arrêt est restée isolée et la Cour de Paris a nettement affirmé, au contraire, la recevabilité d'une action intentée postérieurement à la transcription du divorce sur les registres de l'état-civil : « Considérant déclare-t-elle, que l'art. 301 n'a point imparti de délai à l'exercice de cette action et qu'aucun texte de loi ne prononce dans le cas prévu aucune déchéance... ». Son arrêt a été confirmé par la Cour de cassation (7) en termes non moins formels : « Attendu que ce texte ne fixe aucun

(4) Qu'on n'objecte pas, déclare Coulon, que la liquidation de la communauté a pu ne pas être terminée en temps utile et que le juge n'ait pas été suffisamment éclairé sur les besoins et ressources des parties en cause. Rien n'empêche en effet la partie intéressée de faire réserver ses droits et de prendre dans ce but, pendant l'instance en divorce, des conclusions formelles qui auront pour résultat de faire admettre par le jugement à intervenir, le principe même de la pension alimentaire. Son montant pourra ensuite être déterminé lorsque la liquidation sera achevée. *Op. cit.*, V, p. 230.

(5) Riom, 27 janv. 1887, précité.

(6) Rappelons qu'avant la loi du 18 avril 1886, le divorce était prononcé par l'officier de l'état-civil (art. 264 ancien).

(7) Paris, 16 juin 1888, précité ; Cass. 10 mars 1891, *D.* 1891.1.75 ; Trib. Alger, 18 janv. 1895, *Gaz. Trib.* 2 juin 1895 ; Montpellier, 19 mars 1901, *D.* 1902.2.25 ; Nancy, 6 avril 1921, *S.* 1922.2.29 ; Aix, 13 oct. 1923, *D.* 1924.2.40 ; Cf. Paris, 2 mars 1922, *D.* 1922.1.165 ; Trib. Seine, 28 juin 1926, précité. — Vraye et Gode, *op. cit.*, II, n° 708. — Contra, Demolombe, *Traité du divorce*, n° 367.

délai pour l'exercice de cette action, qu'il n'est pas permis de suppléer dans la loi, une déchéance que la loi n'a pas prononcée ».

Quelle que soit la date à laquelle elle est formée, la demande de pension ne doit donc pas être repoussée d'office. L'époux innocent peut, conformément au droit commun, faire valoir sa créance tant qu'elle n'est pas prescrite. La prescription de trente ans peut seule être invoquée par le conjoint débiteur et il convient d'en fixer le point de départ, non pas au jour où le divorce a été prononcé, mais celui où le créancier a pu valablement agir, c'est-à-dire au jour où il est tombé dans la gêne.

Il en est ainsi, alors même que le divorce aurait été motivé par un acte délictueux ou criminel. La demande de pension ne présente aucun rapport avec l'action civile, et on ne saurait substituer la prescription de dix ou trois ans à la prescription trentenaire (8). « Qu'est-ce donc en effet que l'action civile ? écrit Valéry (9). Celle par laquelle la personne lésée par une infraction, poursuit la réparation du préjudice qui lui a été occasionné. Or tel n'est le caractère, ni de l'action en divorce, ni de l'action en paiement d'aliments formée contre le conjoint responsable du divorce ». La pension alimentaire de l'art. 301 n'a pas pour objet de réparer le dommage causé par le crime ou le délit qui motive le divorce. Elle ne vise que le préjudice occasionné par la rupture du lien conjugal, et échappe de ce chef à la prescription du droit pénal.

La recevabilité d'une demande de pension postérieure au divorce n'est évidemment pas contestable, lorsque l'époux innocent invoque un état de besoin existant au jour même de la rupture du mariage (10) mais que la gêne de son ex-conjoint ne lui avait pas permis de faire valoir.

(8) Montpellier, 19 mars 1901, précité.

(9) Valéry, Note ss. l'arrêt précité.

(10) Poitiers, 29 mai 1922, D. 1922.2.111.

Elle est au contraire, sinon plus douteuse en droit, du moins vivement controversée en fait, quand il sollicite une pension, sur la base d'un état de besoin postérieur au divorce.

§ 3. — *Conditions requises pour la recevabilité
d'une demande postérieure au divorce*

Les partisans du fondement alimentaire de l'art. 301 refusent toute pension, à l'époux dont l'indigence n'est survenue que postérieurement au divorce (11). Wahl a cependant prétendu, que telle n'était pas la conséquence de la survie du devoir de secours. Il déduit d'ailleurs la solution contraire, du fondement indemnitaire, comme du fondement alimentaire de l'art. 301.

« Si la pension est une indemnité, écrit-il (12), cette indemnité est la réparation du préjudice matériel que la dissolution du mariage a fait subir à l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé ; que ce préjudice soit immédiat ou non, il est en tous cas la conséquence de la faute de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé ; il y a donc lien entre la faute et le préjudice, qui constitue le fondement et le fondement unique d'une allocation de dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382.

Si la pension est un prolongement du devoir d'assistance et si l'époux a le droit de réclamer une situation pécuniaire analogue à celle qui lui aurait appartenu en cas de persistance de l'union conjugale, la solution ne se justifie pas moins facilement. L'époux qui, par un fait postérieur au jugement de divorce, se trouve dans une situation par suite de laquelle il a besoin d'un complément de ressources, aurait trouvé si le mariage avait continué, ces ressources dans le devoir d'assistance imposé par la loi à son con-

(11) Huc, op. cit., II, n° 418. V. *suprà*, p. 47.

(12) Wahl, Note précitée.

joint. Il a donc le droit de les réclamer comme si le mariage avait persisté ».

Quelle a été en face de cette question, l'attitude de la jurisprudence ?

La pension alimentaire est calculée, disent les arrêts, de façon à assurer à l'époux innocent une « situation équivalente à celle qui eût été la sienne sans le divorce ». Or, ceci appelle une précision : l'époux coupable est-il tenu d'assurer à son conjoint, la situation qu'il avait au jour de la rupture du mariage, de telle sorte qu'il n'ait à subvenir qu'aux besoins existant à cette date, ou celle qu'il aurait eue si le mariage avait continué, se trouvant par suite soumis au devoir de secours, à quelque moment que la nécessité s'en fasse sentir ? En d'autres termes, la pension alimentaire reflète-t-elle, quant à son existence, ce qu'eût été la vie du ménage ?

On est tenté d'adopter cette dernière solution, si l'on songe que la pension a pour rôle de remplacer le devoir de secours, car celui-ci eût duré jusqu'à la mort de l'un des conjoints, suivant les vicissitudes de leur situation respective, et s'exerçant dès que l'un d'eux se trouvait dans la gêne.

On est conduit au contraire, à une solution opposée, si l'on considère que l'art. 301 n'est qu'une application pure et simple de l'art. 1382 et que les dommages-intérêts ne doivent réparer que le préjudice qui est une suite immédiate et directe de la faute, car il peut seul être sûrement imputé à l'auteur responsable (arg. art. 1151) (13). La rupture du mariage cause un dommage certain au conjoint innocent, en le privant des ressources que lui assurait la vie commune, mais la survenance de besoins nouveaux, après le divorce, dérive bien souvent de circonstances extérieures et contingentes.

Or, le principe constamment reproduit jusqu'à pré-

(13) Colin et Capitant, *op. cit.*, I, p. 378. — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, II, n° 639, V. *suprà*, p. 77.

sent, dans les décisions jurisprudentielles, se trouve inclus dans un arrêt ancien de la Cour de Paris (14) : « Considérant qu'il importe que la cause en raison de laquelle l'époux qui a obtenu le divorce, réclame une pension alimentaire, ait existé au moment même où le lien conjugal a été brisé ».

La jurisprudence admet donc la demande de pension fondée sur des besoins nés postérieurement au divorce, mais à la condition que leur cause se soit manifestée dès avant la dissolution du mariage, de telle sorte que le divorce constitue l'origine évidente de la gêne du demandeur.

La Cour de Nancy a jugé que cette condition se trouvait réalisée dans l'espèce suivante : Une femme bénéficiaire du divorce, privée des ressources que lui procurait le travail de son mari, avait dû pour vivre, assumer les soucis de la gestion d'un fonds de commerce. Mais la fatigue qu'elle s'était imposée, ayant aggravé une maladie dont les premiers symptômes s'étaient manifestés durant le mariage, elle réclama une pension alimentaire à son ex-mari, en vue de satisfaire aux dépenses coûteuses que nécessitait son état. Le défendeur contestait le bien-fondé de cette demande : il importe, soutenait-il, en raison du caractère indemnitaire de la pension prévue par l'art. 301, de se reporter à l'état de choses existant lors de la dissolution du mariage, or à cette époque, aucun préjudice n'a été constaté et celui qu'invoque actuellement la demanderesse est la conséquence d'événements étrangers au fait même du divorce.

Le Tribunal de Mirecourt devant lequel avait été introduite l'action, repoussa ces conclusions : « L'art. 301, dit-il, n'exige pas que le préjudice qu'il a pour but de réparer se soit manifesté à une époque déterminée ; *le dommage causé à l'époux doit être direct*, mais il n'est pas nécessairement immédiat ou immédiatement constatable ;

(14) Paris, 16 juin 1888, précité.

contenu en puissance dans le fait de la rupture du mariage, il peut ne se développer qu'à la faveur d'événements ultérieurs ou de circonstances nouvelles, et alors seulement, l'obligation de l'époux coupable jusqu'alors purement virtuelle, deviendra effective... Le droit de l'époux innocent ne peut s'exercer avant l'avènement de la condition d'où il dépend, mais il peut s'exercer à quelque moment que cette condition vienne à se réaliser » et il déclara le recours de la demanderesse pleinement justifié. La Cour de Nancy (15) devait, en appel, confirmer nettement cette décision : « Attendu que si le mariage dont la dissolution a eu pour cause unique l'infidélité du sieur H. subsistait encore, la dame A. pourrait légitimement compter sur l'assistance matérielle de son mari ; que si cette assistance lui fait défaut aujourd'hui, c'est parce que le divorce est, *qu'il existe donc un rapport de cause à effet entre la rupture du lien conjugal et l'impossibilité où se trouve actuellement la dame A. de subvenir à ses besoins* ».

La Cour d'Aix (16) reproduisait peu de temps après cette solution. Une pension avait été sollicitée par la femme, deux ans après le divorce, et la Cour la lui avait accordée, en constatant que depuis le divorce « les besoins de la dame A ont augmenté parce que l'état de sa santé ne lui permet plus de travailler, au moment où les difficultés de l'existence s'aggravent ». Mais le défendeur s'étant pourvu en cassation, la Chambre civile cassa, par une décision du 18 octobre 1926 (17) maintes fois invoquée depuis, l'arrêt qui lui était déféré, pour le motif suivant : « Attendu que la pension alimentaire à laquelle peut être condamné l'époux contre lequel le divorce est prononcé, doit être considérée comme une réparation du préjudice que la dissolution anticipée du mariage survenue par sa faute, a causé à son conjoint. Qu'il suit de là que l'époux

(15) Nancy, 6 avril 1921, précité.

(16) Aix, 13 octobre 1923, précité.

(17) Civ., 18 oct. 1926, D. 1927.1.101. Note Rouast.

ne peut obtenir une pension présentant le caractère qui vient d'être indiqué, *qu'autant qu'il justifie que son état de besoin est la conséquence directe du divorce, et ne provient pas d'événements ultérieurs ayant entraîné la diminution de ses revenus.* »

Sur renvoi, la Cour de Montpellier (18) adoptait la doctrine de la Cour de cassation, affirmant « que les besoins de l'époux innocent doivent être envisagés au moment même des décisions qui entraînent la rupture du lien conjugal, *sans qu'il soit possible de faire état d'événements ultérieurs qui ont pu les créer ou les aggraver* ».

La Cour de cassation ne se contente donc pas, pour approuver l'application de l'art. 301, de l'existence d'un lien de causalité entre la gêne invoquée par l'époux innocent et le divorce. Elle exige que ce rapport de cause à effet soit « direct » et il n'est tel que si l'on ne peut attribuer qu'au divorce, l'origine de l'état de besoin.

On chercherait toutefois vainement dans les décisions antérieures à l'arrêt précité du 18 octobre 1926, la définition du dommage direct. Un grand nombre d'entre elles, déclare que l'existence d'un lien de causalité directe est une question de fait (19), et s'autorisant de cette latitude, la Cour d'Aix avait décidé que ce lien apparaît « dès lors qu'il existe un rapport de cause à effet entre la rupture du ma-

(18) Montpellier, 29 juin 1927, précité.

Indiquons que la Cour de Montpellier désavouait ainsi formellement la solution très large, consacrée par elle dans un arrêt antérieur de quelques années, où elle déclarait : « Attendu que l'époux innocent ne doit en aucun cas souffrir des conséquences du divorce motivé par la faute de son conjoint ; que la créance alimentaire de l'art. 301 est subordonnée à cette seule condition que les ressources de l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé soient insuffisantes pour assurer sa subsistance, que dès lors, *quel que soit le moment où il tombera dans le besoin, il pourra demander une pension.* » 19 mars 1901, précité.

(19) Civ. 20 janv. 1880, D. 1880.1.382 ; Req. 7 mars 1892, D. 1892.1.502 ; Civ. 6 février 1894, D. 1894.1.192 ; Req. 16 déc. 1900, D. 1901.1.360 ; Civ. 13 mars 1900, D. 1900.1.588 ; Req. 27 nov. 1911, D. 1913.1.111.

riage et des obligations qui en découlent et l'impossibilité pour l'époux innocent de subvenir à ses besoins (20). »

Mais tel n'a pas été le sentiment de la Cour suprême qui écarte formellement le lien de causalité directe entre l'indigence du demandeur et le divorce, lorsqu'elle provient « d'événements ultérieurs ayant entraîné la diminution des revenus de l'époux innocent ». La doctrine de la Cour de cassation consiste donc à envisager la date des faits qui ont provoqué la situation précaire de l'époux divorcé. Ces faits sont-ils contemporains du divorce ? Il existe alors un rapport direct de causalité entre la rupture du mariage et l'état de besoin allégué ; l'application de l'art. 301 ne saurait être discutée. Sont-ils, au contraire, postérieurs au divorce ? Ils lui sont par là même étrangers ; la relation directe de cause à effet n'apparaît plus et l'époux innocent doit être débouté de sa demande. Telle est la distinction que M. Rouast (21) dégage du présent arrêt : « La Cour de cassation, déclare-t-il, écarte le concours des causes postérieures au divorce, tandis qu'elle admet implicitement le concours des événements antérieurs ou concomitants au divorce. Il faut donc distinguer deux séries de fait, parmi ceux qui contribuent avec la faute à la réalisation d'un dommage : les faits antérieurs ou concomitants à la faute, dont la coexistence avec la faute n'empêche pas l'auteur de celle-ci, d'être tenu de la réparation du préjudice résultant à la fois des uns et des autres, et les faits postérieurs qui excluent toute responsabilité, s'ils entrent pour quelque chose dans les causes de ce préjudice. Quand il y a un fait de cette dernière catégorie, on dit que le dommage est indirect. » Or, dans la présente espèce, il n'était relevé par la Cour d'appel comme causes d'indigence que « l'état précaire de la santé de la femme » sans autre précision et « les difficultés nouvelles de la vie », causes postérieures au divorce. La cassa-

(20) Cf. Rouast. Note précitée.

(21) Rouast, Note précitée.

tion s'imposait, étant donné le critérium adopté par la Cour suprême.

C'est exactement la solution que donne à nouveau, la décision la plus récente que nous ayons relevée à ce sujet, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 février 1938. L'espèce était la suivante: En 1930, le Tribunal civil de Perpignan prononce entre les époux R. G. et aux torts du mari, la séparation de corps convertie en divorce en 1933. La liquidation de la communauté ayant attribué à la femme, une part considérable de biens, la pension alimentaire qui lui avait été allouée pendant l'instance, est supprimée à l'issue du règlement des intérêts pécuniaires des époux. Mais à la suite de spéculations malheureuses, la dame G. se déclarant ruinée et malade, sollicite une pension alimentaire en vertu de l'art. 301. Le tribunal la déboute de sa demande par jugement du 29 juin 1936 que la Cour de Montpellier (22) confirme dans les termes suivants: « Attendu que le droit à une telle rente s'évanouit s'il ne s'est pas affirmé dès la rupture du lien conjugal, parce qu'il faut en conclure que du fait de cette rupture, l'époux qui la subit par la faute exclusive de son conjoint, estime n'avoir éprouvé aucun dommage; *que les vicissitudes postérieures de celui qui a obtenu le divorce, si elles ne se rattachent pas à ce dernier, ne sauraient faire surgir le droit à une indemnité alimentaire.* »

Et la Cour conclut que le sieur R ne doit pas être astreint, à compenser par une pension viagère, la mauvaise gestion que l'appelante a faite de son patrimoine. La Cour de cassation (23) enfin, rejette le pourvoi formé par la dame G. « Attendu que la pension alimentaire allouée en vertu de l'art. 301 C. civ. a son fondement dans la réparation du préjudice causé à l'époux divorcé par la perte des droits de secours auxquels il pouvait prétendre durant le

(22) Montpellier, 16 février 1937, précité.

(23) Req. 15 février 1938, précité.

mariage ; qu'elle ne saurait en conséquence être allouée à l'époux ayant obtenu le divorce, en raison de besoins qui ne seraient survenus que postérieurement à la rupture du lien conjugal. Or attendu que la Cour d'appel confirmant un jugement du tribunal de Perpignan, en a adopté les motifs non contraires ; qu'il y est fait état des renseignements fournis aux juges d'après lesquels la dame G. qui alléguait se trouver dans un dénuement proche de la misère, était dans une situation très aisée au moment où le lien conjugal a été rompu ; que la Cour en a déduit que ladite dame G n'avait pas droit à la pension par elle réclamée, les besoins de cette dernière se rattachant à des nécessités postérieures au divorce ; d'où il suit que la Cour dont l'arrêt est motivé abstraction faite de motifs surabondants, a justifié légalement sa décision. »

L'étude de toute cette jurisprudence est d'autant plus intéressante, que quelques signes avant-coureurs nous font pressentir sur ce point, une évolution complète qui se réalisera, sinon prochainement, du moins dans quelques années. Bien que les Cours et tribunaux aient en effet, suivi la voie tracée par l'arrêt de 1926 (24), la Chambre des Requêtes nous semble avoir adopté un point de vue tout différent, dans une décision du 12 mai 1936 (25) ; une petite brèche s'ouvre dans le rempart. La Cour de cassation à vrai dire, n'avait pas à statuer sur l'octroi d'une pension pour besoins nés postérieurement au divorce, mais sur l'augmentation de la pension déjà concédée, à raison des besoins nouveaux invoqués par le créancier, question qui est en étroite connexité avec la précédente, comme nous le constaterons en étudiant les variations de la pension après divorce.

Or, non seulement, la Cour de cassation admet qu'une

(24) Poitiers, 23 mai 1927, Gaz. Pal. 1927.2.410 ; Aix, 17 nov. 1928, Sem. jurid. 1929.199 ; Trib. Angers, 20 nov. 1930, précité ; Lyon, 8 mars 1934, D.H. 292 ; Montpellier, 16 février 1937 et Req. 15 février 1938, précités.

(25) Req. 12 mai 1936, précité, Note Savatier.

maladie survenue à l'époux innocent un certain temps après le divorce *et sans liaison avec la conduite de l'époux coupable*, peut légitimer une augmentation de la pension, mais encore, elle écarte expressément comme dénué de valeur, le motif du pourvoi appuyé pourtant sur la jurisprudence dominante que nous venons de citer, et qui prétendait repousser toute augmentation, du moment que les besoins invoqués n'étaient pas la conséquence directe du divorce.

« C'est à tort, déclare très justement M. Savatier dans son commentaire, qu'il avait été prétendu que l'indigence du conjoint innocent quand elle survenait après le divorce, n'apparaissait pas comme causée par lui directement. En réalité, elle ne l'est ni plus ni moins, que lorsqu'elle est contemporaine du divorce. Dans les deux cas, l'indigence personnelle d'un des époux a ses causes propres (maladie, incapacité de travailler, pauvreté de sa famille) ; elle ne dérive pas uniquement du divorce. Mais celui-ci fait dans les deux cas, disparaître le remède normal que cette indigence aurait eu dans le mariage : le secours de l'autre époux. *En la disparition de ce remède consiste dans l'un et l'autre cas le préjudice directement causé par le divorce.* C'est pour cela que dans les deux cas, le divorce engendre la même responsabilité à la charge de celui qui prive par sa faute le conjoint innocent de ce secours à son indigence. »

Et cette constatation commande implicitement la solution de la question qui nous occupe présentement. Comme l'ajoute M. Savatier : « Le devoir de secours s'il n'avait pas été détruit par la faute du coupable, eût permis à l'époux besogneux de réclamer en tout temps, non seulement l'augmentation de subsides devenus insuffisants, mais encore, en cas de besoin, une contribution qui jusque-là n'avait pas paru nécessaire. *Après le divorce, la solution doit être la même, l'époux coupable obligé de procurer à son conjoint des avantages calqués sur ceux du devoir de secours, pourra aussi bien être condamné à une pension nouvelle qu'à une augmentation de pension suivant les be-*

soins de l'époux innocent. En d'autres termes, le présent arrêt nous paraît logiquement tendre à corriger la jurisprudence de l'arrêt du 18 octobre 1926. »

Et nous venons cependant de constater, qu'appelée peu de temps après, à statuer sur l'octroi d'une pension postérieurement au divorce, la Chambre des Requêtes a, dans l'arrêt précité de 1938, abandonné la doctrine libérale qu'annonçait le précédent de 1936, pour revenir à sa jurisprudence antérieure.

Telle n'est pas certainement la solution que commande la véritable nature de la pension après divorce. Quel préjudice a-t-elle pour objet de réparer ? Nous avons dit à quelle formule conduit la considération de son caractère mixte : *« Il s'agit de réparer le dommage causé par la privation du droit au secours entre conjoints et la réparation est procurée par la restitution du devoir de secours à titre d'indemnité. Or le devoir de secours entre époux aurait existé quelle que soit l'origine de la maladie, plus généralement quelle que soit l'origine du dénûment (26). »*

L'exercice du droit aux aliments durant le mariage, n'est subordonné qu'à une condition, l'existence du besoin au moment où il est invoqué, et l'époux sollicité par son conjoint malheureux, n'est pas admis à se prévaloir des circonstances qui ont provoqué l'apparition de la gêne, pour se libérer de l'obligation de secours que la loi lui impose. Restituer au conjoint innocent, un droit soumis à une condition que le coupable n'aurait pu exiger au cours du mariage, serait lui accorder une réparation insuffisante puisqu'elle ne couvrirait pas intégralement le préjudice causé.

On peut légitimement penser que les choses n'en resteront pas là et que, comme cela a déjà été jugé (27), le caractère alimentaire de la pension prédominant de plus en plus sur son caractère indemnitaire, autorisera l'époux innocent à réclamer une pension après le divorce, même

(26) Esmein, Note précitée.

(27) Montpellier, 19 mars 1901, précité.

pour une cause n'existant pas au moment où il a été prononcé, et notamment lorsque cet époux ne tombe dans le besoin que postérieurement à la dissolution du mariage. Les progrès accomplis auprès de la jurisprudence, par la notion d'indemnité alimentaire nous permettent de l'espérer.

SECTION II. — *La demande en justice
de l'époux séparé de corps.*

L'étude de cette question ne nécessite pas les longs développements que nous avons consacrés à la demande en justice de l'époux divorcé. Elle est en effet, beaucoup plus simplement résolue par la considération du fondement juridique de la dette alimentaire entre époux séparés de corps, et l'application des principes généraux qui gouvernent l'action alimentaire.

La suppression de la vie commune qui constitue l'effet principal de la séparation de corps, modifie nécessairement, pour l'avenir, l'exercice du devoir de secours. Chaque époux étant désormais libre de choisir sa résidence, il ne peut plus s'exécuter en nature, au domicile conjugal et revêt la forme d'une pension dont les juges sont appelés à apprécier la nécessité, comme ils en fixent le montant. L'époux indigent doit donc à cet effet, introduire une demande en justice, mais quand peut-il invoquer son droit aux aliments ?

Le maintien du devoir de secours sur lequel se fonde son action, suffit à dicter la réponse. De même qu'il pouvait, avant la séparation, exiger à tout moment de son conjoint, le secours prévu par l'art. 212, de même, il peut invoquer sa créance d'aliments après la séparation, à quelque époque que la nécessité s'en fasse sentir (28). Il n'y a pas

(28) Vraye et Gode, op. cit., II, n° 817.

lieu de se préoccuper de la circonstance, que les revers de fortune motivant la demande de secours alimentaire, sont postérieurs à la décision qui a prononcé la séparation (29) et qu'ils ne peuvent être réputés en relation directe de cause à effet, avec la suppression de la vie commune, car le réclamant ne fait que se prévaloir de la continuation du mariage et de la persistance de l'obligation alimentaire.

Nous avons vu que la jurisprudence n'accorde une pension alimentaire à l'époux divorcé innocent, pour des besoins postérieurs au divorce, que s'ils se rattachent par un lien de causalité directe à la rupture de l'union conjugale. Ces considérations sont étrangères à l'obligation alimentaire après séparation de corps. La date à laquelle l'un des époux sollicite l'allocation d'une pension importe peu. Il peut joindre sa demande à l'instance en séparation de corps, ou l'intenter ultérieurement dans une instance principale. Le tribunal doit l'accueillir dès lors que le besoin est clairement démontré, quelles qu'en soient en principe l'origine et la cause. Nous constaterons cependant qu'un certain intérêt s'attache pour l'époux innocent, lors de la conversion de la séparation de corps en divorce, au fait que le jugement même de séparation a statué sur la pension alimentaire ou qu'elle ne lui a été allouée que par un jugement postérieur.

*
* *

(29) Cass. 30 août 1864, S. 1864.1.487.

CHAPITRE IV

DU SORT DE LA PENSION ALIMENTAIRE EN CAS DE CONVERSION DE LA SÉPARATION DE CORPS EN DIVORCE

La possibilité de convertir, à l'expiration d'un délai de trois ans, la séparation de corps en divorce (art. 310) soulève le problème intéressant mais très délicat, du maintien ou de la suppression de la pension alimentaire allouée aux époux séparés.

La conversion en divorce brise définitivement le lien conjugal que la séparation de corps n'avait fait que relâcher ; la qualité d'époux disparaît et avec elle, le devoir de secours imposé par l'art. 212. La pension servie par application de ce texte doit donc s'éteindre. Mais d'après une jurisprudence constante, la pension réclamée par l'époux innocent à son conjoint séparé de corps, peut lui être accordée, suivant les circonstances, soit en vertu de l'art. 212, soit en vertu de l'art. 301. On conçoit dès lors, qu'une telle extension ait posé en cas de conversion, et non sans engendrer de sérieuses difficultés, la question du maintien d'une pension fondée sur l'art. 301, alors qu'avec le système d'application distributive des art. 212 et 301, le problème eût été résolu beaucoup plus simplement ; il eût suffi de déclarer éteinte la pension fondée sur l'art. 212 et d'attribuer en vertu de l'art. 301, une pension adéquate au régime nouveau du divorce.

Nous allons étudier à ce sujet, la jurisprudence des Cours et tribunaux avant la loi du 6 juin 1908, puis sa fixation législative par ce texte et la portée de la réforme qu'il a accomplie.

SECTION I. — *La jurisprudence avant la loi*
du 6 juin 1908.

On sait qu'en vertu de l'ancien art. 310 C. civ., le jugement de séparation de corps *pouvait* être, sur la demande de l'un des époux, converti en jugement de divorce. Que devenait dans cette hypothèse la pension alimentaire ?

Le problème était assez compliqué, à tel point que Carpentier (1) a pu écrire que « Rien n'est plus indécis et plus indéterminé, que le sort de la dette d'aliments après un jugement qui convertit une séparation de corps en divorce. »

Trois cas pouvaient se présenter :

§ 1. — *Le jugement de séparation de corps*
n'avait pas statué sur la pension

L'application des règles générales du divorce ne donnait lieu en ce cas, à aucune difficulté. L'époux innocent pouvait seul obtenir une pension, en vertu de l'art. 301, puisque l'obligation réciproque de l'art. 212 disparaît avec le mariage (2).

Aucun d'eux ne pouvait invoquer le bénéfice de cette disposition, si la séparation avait été prononcée à leurs torts réciproques (3).

(1) Carpentier. La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce, n° 208.

(2) Rappelons que la désignation de cet époux ne doit être recherchée que dans le jugement qui prononce la séparation et non dans celui qui consacre la conversion, ce dernier n'étant pour ainsi dire qu'un changement d'étiquette. Il importe peu en outre, que la conversion ait lieu à la requête de l'époux coupable, car ce n'est pas à son profit que le divorce est prononcé. Lyon, 8 janv. 1885, La Loi, 16 janv. 1885 ; Douai, 29 juin 1885 et Alger 2 février 1886, S. 1886.2. 177 ; Paris, 6 mai 1886, Gaz. Trib. 13 mai 1886 et 15 mars 1887, précité ; Civ. 4 février 1889, précité.

(3) Trib. Seine, 8 janv. 1885, Gaz. Pal. 1885.1. Sup. 45 et 6 août 1885, La Loi, 1885, p. 80 ; Nîmes, 19 mai 1886, précité ; Toulouse,

§ 2. — *Le jugement de séparation de corps
avait statué sur la pension*

Lorsque l'époux bénéficiaire était l'époux coupable, la pension devait nécessairement s'éteindre puisque le demandeur n'avait pu se prévaloir que du droit aux aliments de l'art. 212 (4). Or, le divorce anéantit les obligations nées du mariage, et l'art. 301 seul applicable ne peut profiter qu'à l'époux innocent. Du moment où le devoir de secours n'existe plus, le jugement qui réglait une situation régie par l'art. 212, tombe ipso facto, en tant qu'il contrarie l'art. 301, seul texte auquel on puisse désormais avoir recours (5).

Il en était de même de la pension accordée à l'un des époux, lorsque la séparation avait été prononcée à leurs torts et griefs respectifs. Il est vrai que la Cour de Bourges avait admis, par l'arrêt déjà cité du 27 juillet 1885, que la pension obtenue dans ce cas, par l'un des époux, pouvait être maintenue, lorsqu'il était constaté que « ses torts étaient moindres que ceux de son conjoint ». Mais la Cour de cassation a condamné cette interprétation, qui sans être formellement contraire au texte de l'art. 301, en contredit tout au moins l'esprit.

Si la pension avait été accordée à l'époux innocent, on distinguait selon que le jugement de séparation de corps, l'avait allouée en vertu de l'art. 301 ou de l'article 212 (6).

Dans le premier cas, ayant eu incontestablement dès l'origine, le caractère de la pension à laquelle a droit l'époux qui obtient le divorce, aucune raison ne s'opposait à

5 juillet 1886, Gaz. Trib. 1^{er} oct. 1886 ; Trib. Die, 12 août 1886 ; Cass. 24 nov. 1886, Rapport du Conseiller Manau ; Riom, 27 janv. 1887 ; Cass. 4 février 1889 et 27 janvier 1891, précités.

(4) Massigli, Revue crit. 1886.

(5) Cass. 7 avril 1873 ; 24 nov. 1886 et 27 janv. 1891, précités.

(6) Minvielle, Note S. 1922.2.65.

son maintien et elle continuait à être due au bénéficiaire (7).

Dans le second cas, étant fondée sur une idée de secours qui ne pouvait survivre à la dissolution du mariage, elle devait logiquement cesser, sauf à l'époux créancier à former une nouvelle demande, s'il était dans le besoin, en invoquant l'art. 301 (8). Mais désireuse de protéger les intérêts du conjoint innocent, et de lui éviter les frais et les ennuis d'une nouvelle procédure, la jurisprudence subit sur cette question, une évolution des plus curieuses. Elle décida que la pension devait être maintenue, si l'on pouvait déduire de certains motifs du jugement de séparation qu'il avait *sous-entendu* l'art. 301 ou s'y était *implicitement référé* (9). « Sous l'indication des textes, c'est le véritable motif de la décision qu'il faut dégager pour en fixer le sens et quand même le juge aurait visé l'art. 212, il importe peu, s'il résulte des autres motifs de sa décision, qu'elle est fondée sur une idée de responsabilité et qu'il a voulu accorder la réparation d'un préjudice ; la disposition du jugement conservera sa force après la conversion parce qu'elle appliquera en réalité l'art. 301 et l'époux créancier n'aura pas besoin de poursuivre une nouvelle condamnation (10) ».

Franchissant ensuite une seconde étape, la Cour de cassation admit que lorsqu'une pension avait été accordée formellement et exclusivement en vertu de l'art. 212, elle pouvait être maintenue par le tribunal qui prononçait en lui substituant l'art. 301 (11). « Il ne peut dépendre en ef-

(7) Planiol, *Revue crit.* 1887 et 1889. — Civ. 4 février 1889 ; Bordeaux, 11 mars 1892, précités ; Paris 16 mai 1893, S. 1893.2.224.

(8) Riom, 27 janv. 1887, précité.

(9) Trib. Seine, 4 mai 1892, *Gaz. Trib.* 29-30 août 1892 ; Bordeaux, 11 mars 1892 ; Req. 3 janv. 1893, Rapport du Conseiller Denis, précités. Trib. St-Brieuc, 7 nov. 1906, *Gaz. Trib.* 4 janv. 1907 ; Paris, 28 oct. 1904, *Gaz. Trib.* 1905.1.135 ; Cass. 4 février 1889, précité et 27 déc. 1905, D. 1906.1.287.

(10) Massigli, *Revue crit.* 1894, p. 143.

(11) Caen, 19 mars 1889, S. 1890.2.269 ; Req. 2 mai 1900 ; Paris, 28 oct. 1904, précités.

fet des juges, disait-on, par une interprétation erronée des textes de lois dont ils ont à faire application, de porter atteinte aux droits des parties. Or, puisqu'une jurisprudence aujourd'hui constante édicte que l'art. 301 est applicable à la séparation de corps, n'est-on pas autorisé à en conclure que la pension alimentaire allouée à l'époux demandeur à la séparation, est de par la volonté de la loi, exclusivement régie par l'art. 301 et qu'il ne peut dépendre des juges en invoquant à tort l'art. 212, de priver le demandeur à la séparation auquel ils accordent une pension, du bénéfice de la disposition de l'art. 301 (12). »

La jurisprudence admettait d'ailleurs que lorsque le jugement de séparation avait invoqué à la fois, les art. 212 et 301, le visa de ce dernier texte suffisait pour justifier le maintien de la pension, et que ce jugement pouvait servir après conversion, de titre exécutoire contre l'époux débiteur (13).

Aucune difficulté ne se fût donc produite, si les jugements de séparation de corps avaient nettement établi la base juridique de la pension, en visant expressément, soit l'art. 212, soit l'art. 301. Mais les tribunaux s'abstenaient en général de préciser. La jurisprudence décida alors, que si le jugement ne s'était pas expliqué sur ce point, la conversion laisserait cependant subsister la pension, s'il résultait de quelque circonstance — faits d'abandon, d'injure, de violence, qui ont motivé la séparation — qu'elle présentait le caractère d'une indemnité et pouvait être considérée comme ayant sa justification dans l'art. 301 C. civ. (14).

Le système imaginé par la jurisprudence permettait donc à l'époux innocent de conserver dans tous les cas, le bénéfice de la pension qu'il avait obtenue.

(12) Note ss. Caen, 19 mars 1889, précité.

(13) Paris, 15 mars 1887, précité. — Cf. Vraye et Gode, op.cit., II, n° 834.

(14) Caen, 19 mars 1889 ; Paris, 16 mai 1893 ; Req. 27 déc. 1905, précités.

§ 3. — *Le pension avait été accordée par un jugement postérieur à la séparation de corps*

Cette hypothèse a donné lieu à un arrêt de la Cour de Riom du 27 janvier 1887 (15), dans une espèce où la pension alimentaire avait été accordée sur une demande spéciale, après la séparation et même après le jugement qui avait liquidé les droits des époux. La Cour admet que, s'il y a présomption que la pension allouée à l'époux innocent, a son fondement dans l'art. 301, quand elle est adjugée par le jugement de séparation ou que la fixation en est faite, lors de l'examen de la liquidation, il n'en saurait être de même, lorsqu'elle est allouée postérieurement. Elle ne peut en pareil cas, déclarait la Cour, être basée que sur l'art. 212, et par suite, ne survit pas à la dissolution de l'union conjugale opérée par la conversion. Cette opinion resta cependant isolée, et des arrêts ultérieurs rejetant toute distinction, décidèrent formellement que l'époux innocent conservait le bénéfice de la pension allouée par jugement postérieur à la séparation de corps (16).

SECTION II. — *La loi du 6 juin 1908.
Portée de la réforme.*

Tel était l'état de la jurisprudence qui, en définitive, maintenait dans tous les cas la pension accordée à l'époux innocent, lorsque la Chambre des députés fut appelée à discuter le projet de loi portant modification de l'art. 310 C. civ. Le § 3 du nouvel article était ainsi conçu :

« Les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation, conservent en tous cas leur effet. »

(15) Riom, 27 janv. 1887, précité.

(16) Paris, 15 mars 1887 et 3 février 1889 ; Sol. impl. : Bordeaux, 11 mars 1892 ; Req. 3 janv. 1893 et 2 mai 1900, précités.

Cette disposition, due à l'initiative de M. Boivin-Champeaux, avait pour but de substituer au système de la jurisprudence, un règlement législatif du sort de la pension, et de mettre fin aux controverses soulevées par l'application des art. 212 et 301.

Après avoir rappelé la différence classique qui existe entre ces deux textes, l'auteur ajoutait : « Puisque nous en avons l'occasion, il serait préférable, je crois, d'effacer ces distinctions un peu subtiles, et surtout d'effacer les difficultés très nombreuses qui surgissent dans la pratique » et il terminait ainsi son exposé : « Vous voulez que l'époux même coupable puisse revendiquer, réclamer, reconquérir au bout de trois ans, la pleine indépendance de sa vie ; c'est à la double condition qu'une pareille attitude ne soit pas inspirée par des motifs intéressés et que l'époux innocent qui, au point de vue moral, sera peut-être cruellement frappé, ne perde aucun des avantages matériels et pécuniaires, que lui assure le jugement de séparation de corps (17) ».

L'amendement fut voté par le Sénat dans la séance du 10 mars 1908, mais les imperfections de ce texte, rédigé à la hâte et adopté sans discussion, n'échappèrent pas au rapporteur de la loi, devant la Chambre, M. Viollette qui en signala les lacunes : « Le Sénat, disait-il, ne tranche pas la controverse, car sans doute, il décide impérativement que toujours la pension alimentaire survivra, mais il ne parle que de la pension allouée par le jugement de séparation de corps et non de celle allouée par un jugement postérieur. Ainsi donc le texte du Sénat ne dit rien de plus que le texte de la Chambre. »

C'est pour répondre à cette critique que, dans la séance du 5 juin 1908, deux députés, MM. Jeanneney et Lefèvre, proposèrent par un amendement la rédaction suivante : « L'époux au profit de qui la séparation a été pro-

(17) J. Off. 11 mars 1908, Sénat, Déb. parl. 1908, p. 321, 1^{re} col.

noncée, conservera le bénéfice de la pension qui lui aura été allouée, soit par le jugement de séparation, soit par jugement postérieur, sauf le droit de l'autre époux d'en demander la réduction conformément à l'art. 301. »

Bien que cet amendement répondit à ses propres critiques, M. Viollette déclara qu'il ne s'agissait, en définitive, que de retouches sur des points « infiniment petits » auxquels les tribunaux eux-mêmes ne s'arrêtaient plus. « Notre collègue, dit-il, ne propose plus qu'une controverse purement théorique, car la jurisprudence est fixée » et plus loin : « En pratique, l'intérêt de la controverse a cessé. La jurisprudence est formelle (18). »

M. Briand, garde des sceaux, fit la même remarque, invoquant l'intérêt du vote immédiat de la loi. C'est pour se rendre à ces observations et ne pas retarder encore la promulgation du nouvel article, que la Chambre adopta sans modification le texte du Sénat (19).

Etant donné cet historique, que résulte-t-il du § 3 de l'art. 310 ?

Un peu plus d'incertitude, a-t-on dit (20) : « La question reste telle quelle, tout de même un peu moins claire, puisque les partisans de l'opinion restrictive de la Cour de Riom, vont pouvoir par un étrange paradoxe, se prévaloir des termes avec lesquels le Sénat a voulu exprimer une pensée plus largement bienveillante (21). »

(18) Séance du 5 juin 1908. J. Off. 6, Chambre, Déb. parl. 1908, p. 1140.

(19) Mais elle retint l'amendement Jeanneney qui, simplement disjoint, fut voté quelques jours après, le 2 juillet, comme proposition de loi distincte. Cette proposition de loi a été adoptée au Sénat, le 28 février 1925, mais avec modification (réduction du délai de trois ans à deux ans, conformément à la suggestion de M. Louis Marin). Transmise à la Chambre le 10 mars 1925, adoptée par sa commission, elle n'a pu être votée depuis lors, malgré de longs débats, notamment le 15 juillet 1926 (Déb. parl. Chambre 1926, p. 2873 et s.) et le 24 novembre 1932 (Déb. parl. Chambre 1932, p. 3176 et s.).

(20) V. Lafarge. Commentaire de la loi du 6 juin 1908 ; Lois nouvelles, 1909.189, et les autorités citées par Minvielle, Note précitée.

(21) M. Viollette. Rapport du 20 mai 1908. Doc. parl. Chambre 1908, Annexe, n° 1610, p. 247.

« On va pouvoir très raisonnablement soutenir que le texte n'ayant disposé que pour un cas bien déterminé, par a contrario, la pension allouée par un jugement postérieur au jugement de séparation se trouvera éteinte... que l'époux séparé de corps, bénéficiaire d'une pension supérieure au tiers du revenu de son conjoint, art. 212, en conservera en entier le profit nonobstant l'art. 301 (22). »

Le principal reproche adressé au législateur de 1908, est de ne pas avoir déterminé au point de vue des principes, le fondement juridique de la pension alimentaire que les juges allouent à l'époux séparé de corps (23). La raison de ce silence est, que visant avant tout un but pratique, il a voulu maintenir au conjoint innocent la pension qu'il avait obtenue. Le principe dualiste subsiste donc ; après, comme avant la loi de 1908, les juges peuvent choisir entre l'art. 212 et l'art. 301. Plusieurs auteurs estiment d'ailleurs, que depuis la nouvelle loi, la pension devra toujours être présumée accordée en vertu de l'art. 301 (24). « Nous établissons une présomption juris et de jure, déclarait M. Viollette, le 18 juin 1908, qu'elle est toujours fondée sur l'art. 301 et que par suite, elle est de telle nature qu'elle doive survivre à la conversion. »

En dépit de sa rédaction malheureuse, le nouvel art. 310 n'a d'ailleurs pas d'autre sens que celui qui a été nettement développé par son auteur lui-même, M. Boivin-Champeaux : assurer le maintien de la pension, quel que soit le texte sur lequel elle s'appuie. Les mots « en tous cas » sont synonymes de l'expression « que la pension soit alimentaire ou indemnitaire, fondé sur l'art. 212 ou sur l'art. 301 (25). »

Quelle est d'après l'art. 310 actuel, la solution des diverses hypothèses que nous avons envisagées ?

(22) M. Jeanneney. Discours à la Chambre, Séance du 5 juin 1908.

(23) M. Léon Julliot de la Morandière, *Revue trim.* 1908, p. 595.

(24) Lafarge, *op. cit.* — Perreau, *Revue crit.* 1909, p. 123.

(25) Minvielle, *Note précitée.* — Wahl, *Revue trim.* 1909, p. 148.

§ 1. — *Le jugement de séparation de corps
n'a pas alloué de pension*

Aucune modification ne résulte sur ce point de la loi du 6 juin 1908. Conformément à l'abondante jurisprudence rapportée plus haut, l'époux innocent peut seul se prévaloir de l'art. 301, pourvu que la séparation ait été prononcée à son profit exclusif. Le droit aux aliments est refusé par ce même texte au conjoint coupable ; il est également refusé aux deux époux, en cas de séparation prononcée à leurs torts respectifs.

§ 2. — *Le jugement de séparation a alloué une pension*

La pension subsiste au profit de l'époux innocent, sans qu'il soit nécessaire d'en rechercher le caractère alimentaire ou indemnitaire, qu'elle ait été accordée en vertu de l'art. 212 ou de l'art. 301 (26). C'est la confirmation de la solution antérieurement adoptée par la jurisprudence.

Les termes de la loi avaient cependant fait craindre une interprétation dangereuse. Le nouvel art. 310 porte que la pension survit « en tous cas » ; n'y avait-il pas lieu d'en conclure, qu'elle devait être maintenue à l'époux bénéficiaire, qu'il fût coupable ou innocent ?

Un jugement du Tribunal de Douai, en date du 10 décembre 1908 (27), avait statué en ce sens, au lendemain de la loi, dans une espèce où la séparation de corps avait été prononcée aux torts réciproques des époux : « Attendu, déclarait-il, que les expressions générales employées par la loi des 6-7 juin 1908, ne permettent pas de penser qu'au cas de séparation prononcée aux torts respectifs des époux, celui d'entre eux au profit duquel le tribunal a accordé une

(26) Bordeaux, 21 février 1922, S. 1922.2.65 ; Trib. Montpellier, 17 févr. 1925, Mon. jud. Midi, 15 oct. 1925 ; Amiens, 13 nov. 1930, S. 1932.2.22 ; Crim. 22 juin 1935, précité.

(27) Trib. Douai, 10 déc. 1908, S. 1909.2.60.

pension alimentaire, doit être privé du bénéfice de cette disposition. » Mais il fut infirmé par un arrêt de la Cour de Douai du 8 mars 1909 (28) : « Attendu que dans l'art. 301, les mots « l'époux qui a obtenu le divorce » étendus par la jurisprudence à l'époux qui a obtenu la séparation, ont toujours été appliqués à l'époux innocent qui a obtenu le divorce ou la séparation contre l'époux coupable et non au cas où les deux époux l'ont obtenu tous deux à leurs torts réciproques ; qu'on doit admettre que dans le nouvel art. 310, les mêmes mots « l'époux qui a obtenu la séparation » ont conservé le même sens. »

La décision du Tribunal de Douai devait être reproduite dans une espèce semblable, par le Tribunal de Nice (29) qui, saisi d'une demande en conversion, refusa de supprimer la pension accordée à une femme séparée de corps, parce que les torts du mari étant plus graves, constituaient la « principale cause » de la séparation et que l'impossibilité pour le tribunal de statuer sur le service de la pension, pouvait être la source, depuis la loi de 1908, des plus flagrantes injustices. Mais sur appel, ce jugement fut infirmé par la Cour d'Aix (30) qui rappela, que la théorie inaugurée par la Cour de Bourges, en 1885, avait été formellement condamnée par la Cour suprême et « que le nouvel art. 310 entendait simplement conserver de plein droit à l'époux innocent sans qu'il ait à requérir une nouvelle condamnation, le bénéfice de la pension que lui avait accordé le jugement de séparation de corps (31). »

L'interprétation erronée de ces tribunaux n'a jamais recueilli l'approbation de la doctrine (32) et n'a pas sur-

(28) Douai, 8 mars 1909, S. 1909.2.137.

(29) Trib. Nice, 24 juillet 1912, Gaz. Trib. 1912.2.375.

(30) Aix, 19 février 1913, S. 1913.2.243.

(31) Wahl. Revue précitée.

(32) Laurent, op. cit., III, n° 308. — Aubry et Rau, op. cit., VII, p. 384, § 480, note 29, et p. 384, § 486, note 15. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., Des personnes, IV, n° 288 et 293. — Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 707. — Vraye et Gode, op. cit.,

vécu à ces tentatives malheureuses (33). Les termes d'un jugement du Tribunal du Puy, du 11 février 1937 (34) sont à cet égard particulièrement nets: « Attendu, déclare-t-il, qu'en décidant que « les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation, conservent en tous cas leur effet » le législateur de 1908 n'a pas eu de toute évidence pour but, d'effacer toute distinction entre les effets produits par l'art. 212 C. civ. et ceux de l'art. 301 et qu'il a voulu simplement que l'époux non coupable conserve de plein droit et sans nouveau jugement, la pension qui lui a été allouée par le jugement de séparation de corps. »

Attendu que si le jugement de séparation a été rendu aux torts réciproques des deux époux, la pension accordée à l'un d'eux disparaît nécessairement avec la conversion, quand bien même les torts seraient inégaux ; qu'en effet le bénéfice d'une pension indemnitaire est exclusivement réservé par la loi à l'époux exempt de toute défaillance. »

Elle était absolument contraire au texte et à l'esprit même de la loi. M. Boivin-Champeaux spécifiait en effet, dans ses observations, qu'il ne s'agissait que de l'époux qui a obtenu la séparation. « C'est le seul, disait-il, qui m'intéresse (35). » Elle est enfin implicitement condamnée par la proposition de refonte de l'art. 310, votée par le Sénat, le 28 février 1925, qui réserve le droit de demander « la réduction de la pension allouée à l'époux séparé de corps, à la suite du jugement de conversion en divorce, conformément à l'art. 301 ». C'est dire que la pension accordée à l'époux coupable doit disparaître, puisque ce texte ne reconnaît un droit aux aliments qu'à l'époux innocent.

II, nos 695 et 835. — Gaudemet, *Revue trim.* 1909, p. 675 et 1913, p. 397.

(33) Bordeaux, 30 juin 1909, *Rec. Bord.* 1910.1.23 ; Lyon, 14 déc. 1909, *S.* 1910.2.72 ; *Civ.* 22 avril 1913, 20 févr. 1929 et 16 mai 1933, précités.

(34) Trib. Le Puy, 11 février 1937, *Gaz. Pal.* 1937.1.858.

(35) Séance du 10 mars 1908, *J. Off. du 11. Déb. parl. Sénat*, 1908, p. 320, 3^e col.

§ 3. — *La pension a été accordée par un jugement postérieur à la séparation de corps*

Une objection sérieuse contre le maintien d'une telle pension, est tirée de la nouvelle rédaction de l'art. 310 qui parle seulement de la pension accordée par le jugement de séparation de corps.

La première décision qui paraît être intervenue en la matière, le jugement du Tribunal de Douai déjà cité, admit toutefois qu'elle devait subsister mais sur appel, la Cour de Douai (36) s'inspira des travaux préparatoires pour juger différemment. M. Viollette avait, en effet, signalé à la Chambre que le texte était mal rédigé sur ce point, et M. Jeanneney avait pour la même raison, proposé cette correction : « soit par le jugement de séparation, soit par jugement postérieur ». Mais l'amendement fut repoussé et la Cour de Douai conclut « qu'il en résulte que la Chambre n'a pas voulu étendre l'application de l'art. 301 aux cas où c'est par un jugement postérieur à la séparation, que la pension a été accordée (37) ».

Cette interprétation donne à la disjonction de l'amendement Jeanneney dont nous avons indiqué le véritable motif, une portée exagérée et inexacte. La Chambre était si peu hostile à l'amendement, qu'elle l'adopta quelques jours après, comme proposition de loi distincte. Son intention était donc bien de maintenir la pension, même lorsqu'elle n'avait été allouée que par un jugement postérieur. Aussi la jurisprudence qui s'était fixée en ce sens, avant la loi de 1908, a-t-elle été confirmée par les décisions postérieures (38).

(36) Douai, 8 mars 1909, précité.

(37) V. en ce sens, Gaudemet, Revue trim. 1909, p. 675 : « La décision de la Cour de Douai est donc deux fois justifiée, déclare-t-il, puisque l'art. 310, al. 3, ne concerne ni les pensions postérieures à la séparation, quel que soit le conjoint bénéficiaire, ni les pensions accordées au conjoint coupable, quelle que soit la date de leur création. »

(38) Trib. Marseille, 9 mars 1921 ; Bordeaux, 21 février 1922, précités.

La proposition de refonte votée par le Sénat en 1925, décide d'ailleurs que la pension subsistera après conversion, dans les deux cas.

§ 4. — *Le montant de la pension après conversion*

La nouvelle loi risquait enfin, à un dernier point de vue, de donner naissance à une interprétation très large.

Convenait-il de maintenir intégralement à l'époux innocent, après conversion, le bénéfice d'une pension fondée sur l'art. 212 et dont le montant, arbitré souverainement par les juges de la séparation de corps, se trouvait excéder le tiers des revenus du débiteur ? On pouvait être tenté de répondre affirmativement, étant donnés les termes impératifs de l'art. 310 (39). Telle est l'opinion de Wahl (40). L'art. 310 « veut aussi sans doute, écrit-il, que si la pension a été allouée en vertu de l'art. 212, elle conserve toute son importance, alors même qu'elle est supérieure au tiers des revenus de l'époux débiteur et bien qu'en cas de divorce, suivant l'art. 301, elle ne puisse dépasser ce taux ; c'est une atténuation aux inconvénients que présente vis-à-vis de l'époux qui avait obtenu la séparation de corps, la conversion rendue obligatoire sur la demande de son conjoint ; la loi très sagement n'a pas voulu que ce dernier pût, dans sa demande en conversion, se laisser guider par des considérations pécuniaires. Le caractère obligatoire de la conversion a eu pour objet dans la pensée du législateur, de faire cesser une situation dangereuse pour la moralité, en permettant aux époux de se remarier ; il dévierait de son but si l'époux demandeur en conversion obtenait par la conversion, une diminution de charges. Au surplus, le principe d'après lequel la pension au cas de

(39) V. en ce sens Lerebours-Pigeonnière et Julliot de la Morandière, *Revue trim.* 1908, p. 598. — Cf. les observations de M. Jeaneney à la Chambre, S. et P. Lois annotées de 1908, p. 738, 3^e col., note 4.

(40) Wahl, *Revue précitée*.

divorce ne doit pas dépasser le tiers des revenus de l'époux débiteur peut subir une modification, sans que le caractère même de la pension fondée sur l'art. 301 se modifie lui-même. »

Beaucoup d'auteurs pensent au contraire, que l'esprit de la réforme, l'équité et le texte même de l'art. 301, permettent d'affirmer, que le législateur a admis le maintien de la pension, sous la réserve qu'elle n'excéderait pas le tiers des revenus de l'époux coupable (41).

La plupart des arrêts antérieurs à la loi de 1908 consacrent expressément la limitation au tiers (42). La proposition de loi en discussion devant le Parlement est conforme à cette opinion.

*
* *

(41) Colin et Capitant, *op. cit.*, I, p. 357. — Gaudemet et Perreau, *Revue précitée*. — Lafarge, *op. cit.* — Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, II, n° 707.

(42) Douai, 29 juin 1885 ; Alger, 2 février 1886 ; Paris, 21 janv. 1886 et 15 mars 1887 ; Caen, 19 mars 1889 ; Paris, 28 oct. 1904, *précités*.

B. — LE MONTANT DE LA PENSION ALIMENTAIRE

CHAPITRE PREMIER

FIXATION JUDICIAIRE DE LA PENSION

SECTION I. — *Fixation judiciaire de la pension après divorce.*

§ 1. — *Les besoins de l'époux créancier*

La mission du tribunal ne se borne pas à prononcer la rupture du mariage. Il lui appartient encore, normalement, après avoir admis la créance alimentaire du conjoint innocent, soit dans le jugement même de divorce, soit dans un jugement postérieur, d'en fixer la quotité.

Or, l'évaluation d'un droit aux aliments comporte, en général, deux éléments d'appréciation : l'étendue des besoins du créancier et l'importance des ressources du débiteur (art. 208 C. civ.). C'est à ce principe que le juge doit tout d'abord se référer pour déterminer le montant de la pension. Celle-ci doit couvrir les frais de nourriture, de logement et d'entretien de l'époux qui a obtenu le divorce. Si la résidence de l'enfant, confié à la garde d'un tiers, se trouve dans une ville autre que celle qu'il habite, les frais de voyage nécessités pour lui rendre visite, font partie des besoins de l'époux créancier ; le conjoint coupable peut être obligé de les payer (1). Précisons toutefois que l'art.

(1) Paris, 19 juillet 1894, D. 1895.2.179.

301 ne doit pas faire double emploi avec l'art. 303 C. civ ; pour exiger de l'époux coupable, sa contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, c'est ce dernier texte qu'il faudra invoquer, et non l'art. 301.

Nous avons remarqué en outre, que la jurisprudence, approuvée par la doctrine, n'envisage pas au sens étroit, l'expression de l'art. 301 « assurer la subsistance » et qu'elle n'entend pas restreindre le créancier au strict nécessaire. Les arrêts s'accordent sur la nécessité de maintenir à l'époux innocent, la vie aisée que lui avait assurée le mariage (2). Ils apprécient donc l'insuffisance des revenus du demandeur, en considération de sa condition sociale. Cette appréciation est une question de fait qui échappe par suite au contrôle de la Cour de cassation (3).

§ 2. — *Les facultés de l'époux débiteur*

La pension, déclare l'art. 301, sera prélevée sur les biens de l'époux coupable et ne pourra pas excéder le tiers de ses revenus. Cette restriction nécessite de la part du tribunal, l'évaluation du second facteur indiqué, les ressources du débiteur.

L'art. 301 parle des revenus ; il n'appartient donc pas au juge d'envisager l'importance des capitaux, mais seulement celle des intérêts réels qui proviennent de leur placement normal (4). Il convient, par contre, d'y ajouter, les bénéfices que procurent à l'époux coupable, l'exploitation d'un commerce ou l'exercice d'une profession (5), et au besoin, les ressources que lui assurent les arrérages d'une rente viagère, d'une pension ou d'une retraite.

(2) V. *suprà*, arrêts cités, p. 133.

(3) Cass. 27 janv. 1890 et 20 juillet 1910 précités.

(4) Il est interdit au juge, déclare Carpentier, de critiquer les placements faits et « de majorer la somme versée par l'autre conjoint, sous prétexte qu'avec de meilleurs placements, il pourrait encore augmenter pour lui-même, la somme de revenu restant ». *Op. cit.*, n° 368.

(5) Coulon, *op. cit.*, V, p. 247.

Certains auteurs estiment cependant, qu'il faut apprécier, non seulement, le revenu annuel du débiteur, mais aussi le chiffre de son capital. « Il a été jugé, déclare Laurent (6), qu'il fallait tenir compte non seulement du produit proprement dit, mais du capital (7). Rien de plus juste : c'est la fortune du débiteur qui est l'élément décisif. »

« Cela n'est pas exact, remarque Huc (8) ; quand il s'agit de la dette alimentaire ordinaire, il est juste de dire que la fortune du débiteur est l'élément décisif, c'est ce qui ressort du texte même de l'art. 208. Mais quand il s'agit de la dette alimentaire résultant de l'art. 301, ce sont les revenus qui d'après ce texte sont l'élément décisif. »

Le pouvoir d'appréciation du juge n'est d'ailleurs pas illimité. L'art. 301 soumet à l'observation d'un maximum légal fixé au tiers des revenus ainsi déterminés, les revendications de l'époux demandeur. Telle était la limitation imposée au tribunal par l'art. 53 du projet de l'an VIII, qui prévoyait en outre, que la pension ne pourrait être moindre du sixième des mêmes revenus, minimum écarté dans la rédaction définitive de l'art. 301.

Willequet cité par Coulon, fait remarquer que la fixation du tiers n'est pas purement arbitraire. Cette quantité est le chiffre auquel la loi s'arrête pour déterminer quel sera, à défaut de convention à ce sujet, le taux de la contribution de la femme dans les charges du ménage, en cas de séparation de biens ou de régime dotal (art. 1537 et 1575). C'est surtout en l'espèce, un forfait qui doit rappeler au tribunal le caractère alimentaire de la pension, et l'empêcher de réduire à la misère celui qui est obligé de la

(6) Laurent, op. cit., III, n° 309. — V. en ce sens, Fremont, Traité du divorce, n° 959. — Coulon, op. cit., V, p. 247. — Carpentier, op. cit., n° 368. — Vraye et Gode, op. cit., II, n° 701. — Piérard, op. cit., II, n° 762.

(7) Bruxelles, 17 juillet 1852. Pas. 1853.2.118.

(8) Huc, op. cit., II, n° 419.

fournir (9). Comme l'a fort bien dit M. Rouast (10), « il faut voir là une mesure de prudence destinée à éviter que la pitié imposée aux juges par l'époux innocent ne les entraîne à frapper trop lourdement le coupable. »

Doit-on considérer cette quotité, comme un maximum que le juge ne peut dépasser ? Laurent enseigne que cette limitation est plutôt fictive que réelle, et que si le tiers est insuffisant pour assurer la subsistance du créancier, son ex-conjoint peut être tenu de verser davantage : « Ce que la loi veut, dit-il, c'est qu'une fois la subsistance assurée, on n'excède pas le tiers des revenus (11). » Ce n'est donc que dans le cas où la pension sollicitée par l'indigent, serait supérieure aux nécessités de sa subsistance, que le tribunal, après avoir fait droit à la demande, en considération de ses besoins, ne pourrait accorder une pension plus élevée, qu'à concurrence du tiers des revenus du débiteur.

Il est aisé de répondre que si tel est le sens de l'art. 301, on n'en comprend guère l'utilité. Les mêmes principes généraux auxquels se reporte Laurent, ne nous enseignent-ils pas en effet, qu'au delà de ce qui est strictement nécessaire aux besoins du demandeur, le droit aux aliments n'existe plus ? Son opinion est d'ailleurs repoussée par la majorité des auteurs : « Outre que les termes de l'article sont absolument formels, écrit Carpentier (12), on peut dire que cette disposition est fort raisonnable et l'expliquer par cette remarque qu'aller plus loin, jusqu'à la moitié des revenus par exemple, ce serait rétablir en quelque sorte, au point de vue pécuniaire, la vie commune telle qu'elle peut résulter des contrats les plus larges et les plus favorables, ce qui est incompatible avec l'idée de divorce. »

(9) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 637.

(10) Rouast, Note D. 1927.1.103.

(11) Laurent, op. cit., III, n° 369. — V. en ce sens Demolombe, op. cit., n° 369. — Fremont, op. cit., n° 959.

(12) Carpentier, op. cit., n° 368. — V. en ce sens, Huç, op. cit., II, n° 419. — Coulon, op. cit., V, p. 246. — Goirand, op. cit., p. 215. — Vraye et Gode, op. cit., II, n° 760.

La jurisprudence a toujours observé la limite imposée par la loi et ne s'est jamais autorisée à la dépasser, même lorsque l'octroi du maximum se révélait insuffisant à satisfaire les besoins de l'époux créancier (13).

§ 3. — *Le pouvoir souverain du juge*

Après s'être livré à cette double appréciation, le juge décide souverainement, d'une part, si le demandeur possède des ressources suffisantes, d'autre part, si l'époux coupable doit être contraint à lui fournir des aliments. Il importe en effet, de remarquer qu'il n'est pas lié par l'art. 301 ; « le tribunal pourra » dispose ce texte. La loi se borne donc à indiquer les circonstances qui doivent servir de base à l'appréciation du juge, mais en dehors de ces limites, les pouvoirs du tribunal restent intacts, de sorte qu'il a le droit de rejeter ou d'admettre la demande de pension (14) et dans ce second cas, d'en évaluer librement le taux.

« Les tribunaux, déclare un arrêt de la Cour de cassation (15), ont un pouvoir souverain d'appréciation, soit pour décider si la pension est due, soit pour en déterminer la quotité dans la limite fixée par la loi. » La jurisprudence est constante sur ce point (16).

(13) Trib. Seine, 31 déc. 1884, Gaz. Pal. 1887.1.97 ; Douai, 29 juin 1885, précité ; Lyon, 13 mai 1890, Gaz. Pal. 1890.2.53 ; 4 juin 1892, D. 1893.2.32 et 2 mars 1900, Mon. jud. Lyon, 28 juin 1900 ; Civ. 30 juillet 1902, précité ; Dijon, 18 nov. 1903, S. 1904.2.131 ; Req. 10 mars 1903, précité ; Colmar, 24 févr. 1934, Rev. Als. Lorr. 1934.406.

(14) Vraye et Gode, *op. cit.*, II, n° 707. — Les art. 299 et 300 C. civ. relatifs à la révocation et au maintien après divorce, des avantages matrimoniaux, sont au contraire, conçus en termes impératifs et formels, et ne laissent pas au juge cette liberté de décision. Coulon, *op. cit.*, V, p. 228.

(15) Civ. 6 août 1912, S. et P. 1913.1.83.

(16) Civ. 25 nov. 1901, D. 1902.1.31 ; Req. 25 mars 1924 et Civ. 18 oct. 1926 précités ; Req. 13 mars 1928 précités, 21 juin 1930, D.H. 428 et 16 avril 1931, Gaz. Pal. 1931.1.864 ; Colmar, 24 février 1934, précité et Civ. 16 avril 1935, Gaz. Pal. 1935.1.938.

Les juges usent en particulier de cette latitude et justifient suffisamment leur décision, lorsqu'ils fondent la condamnation au paiement d'une pension alimentaire « sur les circonstances de la cause, notamment sur les ressources actuelles de la femme et sur sa situation lorsqu'elle était mariée (17). » Mais le fondement indemnitaire de l'art. 301 s'oppose à ce qu'ils puissent tenir compte, pour fixer la pension, de la possibilité où se trouve le créancier, d'obtenir des aliments auprès de parents fortunés. Le Tribunal des Bouches-du-Rhône avait, par jugement en date du 1^{er} juillet 1929, considérablement réduit l'augmentation de pension sollicitée par une femme divorcée, pour le motif suivant : « Attendu, en l'espèce, qu'il résulte des éléments de la cause et des débats, que la dame V. demanderesse en augmentation de pension est hébergée chez ses parents actuellement qui paraissent jouir d'une assez large aisance ; que nourrie et logée par eux, elle ne peut se prévaloir de l'augmentation sans cesse croissante du coût de la vie... » Sur appel, la Cour d'Aix a rendu le 26 novembre 1931 (18) l'arrêt ainsi conçu : « Attendu que cette pension revêt au regard de l'époux privé des avantages que lui conférait l'état de mariage, le caractère d'une créance non seulement alimentaire *mais aussi et au premier chef indemnitaire*. Attendu que c'est dès lors en fonction de ce concept juridique que les premiers juges eussent dû fixer le chiffre de la nouvelle pension sollicitée par la dame V. épouse divorcée du sieur M., ce qu'ils n'ont pas fait, puisque d'une part, ils n'ont eu égard pour la détermination de cette pension qu'à son caractère alimentaire, et que d'autre part, *ils ont cru et encore à tort devoir tenir compte dans l'évaluation de ladite pension, des avantages que la dame V. pourrait retirer de sa cohabitation avec ses père et mère et de la situation aisée dans laquelle se trouvaient ces derniers, alors que ce fait devait en réalité demeurer sans in-*

(17) Req. 25 mars 1924 précité.

(18) Aix, 26 novembre 1931, précité.

fluence sur le montant de la pension que le conjoint coupable devait servir à son épouse pour lui permettre de conserver une situation en rapport avec celle dont la rupture fautive du lien conjugal était venue la priver désormais... » et elle a décidé que l'augmentation accordée par les premiers juges à l'appelante, était inférieure à celle qui eût dû lui être allouée.

SECTION II. — *Fixation judiciaire de la pension après séparation de corps.*

§ 1. — *Proportionnalité. Application de l'art. 208 C. civ.*

C'est au principe général posé par l'art. 208 C. civ. « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit », qu'il faut se reporter, pour déterminer le montant de la pension due par l'un des époux séparés à son conjoint.

La question s'est posée toutefois de savoir, si la femme séparée de corps pouvait invoquer l'art. 214 C. civ. qui prescrit au mari de lui fournir « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie *selon ses facultés et son état* ». Sans doute, les époux séparés sont toujours soumis au devoir de secours pécuniaire de l'art. 212, mais, disait-on, il n'en est pas de même de l'obligation à laquelle l'art. 214 soumet le mari. Celle-ci est corrélative à cet autre devoir imposé à la femme, dans le même article, avant la loi du 18 février 1938, « d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ». S'il est juste que la femme qui vit au domicile conjugal, y soit traitée par son mari, sur un pied de complète égalité, on ne saurait obliger ce dernier à entretenir dans une situation conforme à son état de maison, une femme qu'il n'a plus le droit d'y faire venir, ni l'obligation d'y recevoir. Après la sépara-

tion, chaque époux doit adopter un genre de vie conforme à ses ressources personnelles.

Il avait cependant été jugé, que l'art. 214 formule une règle d'évaluation de la dette alimentaire, valable entre époux séparés, aussi bien qu'entre époux vivant en commun, et qu'il n'est qu'une application à la vie commune de l'obligation réciproque d'aliments, établie d'une manière générale par l'art. 212 (19). Cette solution ne saurait plus faire aucun doute, depuis que la loi précitée de 1938 a supprimé dans l'art. 214 nouveau, tout rapport de dépendance entre l'étendue du devoir alimentaire imposé au mari et l'obligation de cohabitation qui incombe à la femme, insérée dans le nouvel art. 213 (20). Les aliments doivent donc être fixés, non seulement d'après la fortune respective des époux, mais d'après la position sociale et les habitudes d'existence du mari (21).

L'obligation alimentaire subsiste, réciproque et identique entre les époux, il y a donc lieu d'en fixer la quotité, uniquement d'après les règles de droit commun, et quelle que soit la gravité des torts du demandeur. Nous devons cependant signaler une tendance des tribunaux, déjà fort

(19) Cass. 30 août 1864, précité.

(20) Le nouvel art. 213 maintient le devoir de cohabitation qui, avant la présente loi, figurait dans l'art. 214 : « La femme, dit le texte nouveau, est obligée d'habiter avec son mari ; celui-ci est tenu de la recevoir », mais il importe d'observer que l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari, est moins absolue et moins stricte qu'avant la loi du 18 février 1938. En effet, l'art. 213 ne dit plus, comme le faisait l'ancien art. 214, que la femme est « obligée de le (son mari) suivre partout où il juge à propos de résider ». Sans doute, le choix de la résidence du ménage appartient-il au mari en sa qualité de « chef de famille », mais ce choix ne peut être ni arbitraire, ni capricieux, et la loi a formellement précisé les cas où la femme pourrait être désormais légalement dispensée du devoir de cohabitation.

(21) Nous avons vu que la jurisprudence appliquait la même règle en matière de divorce. Si elle est aisément justifiable lorsqu'il s'agit de restituer au conjoint divorcé, à titre d'indemnité, un droit alimentaire identique à celui qui lui appartenait durant le mariage, elle ne l'est pas moins quand le devoir de secours est maintenu.

ancienne il est vrai, approuvée par certains auteurs (22), à favoriser l'époux offensé, malgré le principe de proportionnalité, en lui accordant une pension plus forte qu'à son conjoint. La Cour de Lyon a confirmé, par arrêt du 16 mars 1835 (23), un jugement qui avait tenu compte de l'adultère commis par la femme, pour déterminer le montant de sa pension : « Attendu, disposait le jugement, que pour la fixation de ce secours, il est juste de prendre en considération, les torts graves qu'a eus la dame D., les conséquences funestes qui en ont été la suite même pour la fortune du mari, et enfin la position de ce dernier... ». Une telle décision nous paraît contestable. étant donné le fondement juridique de l'obligation alimentaire entre époux séparés de corps.

En ce qui concerne plus spécialement la femme, on s'est demandé si elle pouvait réclamer autre chose qu'un secours alimentaire. La jurisprudence a statué notamment sur des demandes où elle prétendait obtenir un droit d'habitation, dans une maison faisant partie des biens de la communauté. Elle a décidé avec raison qu'une telle requête est inadmissible. C'est ainsi que la Cour de Paris (24) a infirmé une ordonnance du juge des référés, qui avait autorisé la femme à séjourner dans un château dépendant des biens communs et à jouir de son installation mobilière, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à la liquidation de la communauté. La femme qui bénéficie d'une pension n'a aucun autre droit, et doit se tenir pour satisfaite, dès lors que les termes en sont régulièrement acquittés.

Indiquons d'autre part, que la règle contenue dans l'art. 241 C. civ. abrogé par la loi du 18 février 1938, perdait après la séparation de corps, son champ d'application : les époux étant dispensés de la communauté d'exis-

(22) Delvincourt, op.cit., I, p.354.— Duranton et Massol. loc.cit.

(23) Lyon, 16 mars 1835 et 16 juillet 1835 ; Aix, 18 janv. 1841 ; Paris, 4 décembre 1875, précités.

(24) Paris, 22 août 1873, S. 1873.2.267.

tence, la femme n'était plus obligée d'habiter la résidence qui lui avait été assignée au début de l'instance. Quel que fut le lieu de son séjour, le mari devait lui servir les termes de la pension à laquelle il avait été condamné (25).

§ 2. — *Absence de limitation légale*

Les aliments dûs à l'époux séparé de corps doivent être proportionnés à ses besoins en même temps qu'aux ressources de son conjoint. Ils n'ont donc pas d'autre limite que celle que le juge leur assigne, en vertu de son pouvoir d'appréciation, conformément à l'art. 208 (26). Le tribunal a toute latitude pour statuer dans la mesure indiquée par ce seul texte, sur le principe de la pension et sur sa quotité (27).

« Attendu, affirme la Cour de cassation, dans la décision précitée du 27 janvier 1890, que les époux se doivent mutuellement aide et assistance ; que la séparation de corps n'a point pour effet de rompre les liens du mariage ; que les besoins de l'un des époux et les ressources de l'autre sont choses essentiellement relatives et du domaine du juge du fait ; que, dans la fixation du montant d'une pension alimentaire, on doit prendre pour base les conditions d'habitude et de fortune des deux époux ; qu'on ne fait en cela qu'appliquer la règle générale du droit qui proportionne les aliments à la fortune de celui qui les doit non moins qu'aux besoins de celui qui les réclame... Attendu

(25) En vertu du nouvel art. 236, modifié par la loi de 1938, le juge doit seulement autoriser l'époux demandeur à résider séparément, de sorte que la femme peut désormais, comme le mari, choisir librement sa résidence, ce qui implique la suppression de l'art. 241 qui sanctionnait l'obligation pour la femme d'habiter la maison indiquée par le juge.

(26) Voir *suprà*, le projet de loi de 1816 limitant au tiers des revenus du débiteur, la créance alimentaire de l'époux séparé de corps.

(27) Cass. 22 nov. 1904 ; Req. 13 mars 1928 et 21 juin 1930, *précités*.

que dans ces circonstances, en allouant sur sa demande à la dame S. séparée de corps, une pension alimentaire dont ils ont fixé le montant, et d'après les besoins de la femme et les ressources du mari, les juges du fond se sont livrés à une appréciation souveraine, dans des conditions où ils étaient investis de ce pouvoir par la loi... ».

La liberté du juge n'est pas restreinte sur ce point, par l'observation du maximum édicté pour le divorce, par l'art. 301 que nous avons déclaré rationnellement inapplicable à la séparation de corps (28). La jurisprudence n'invoque d'ailleurs jamais ce texte, quand il s'agit de déterminer le montant de la pension due à l'époux séparé : « Attendu, déclare l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 31 mai 1937, qu'en matière de séparation de corps, l'arrêt qui alloue au conjoint, une pension alimentaire, *peut ne pas faire état de la limitation au tiers des revenus de l'époux coupable imposée par l'art. 301 C. civ., l'obligation alimentaire prévue par l'art. 212 C. civ. subsistant entre conjoints après la séparation de corps* ».

*
* *

(28) Req. 20 juil. 1910 ; Cass. 2 juil. 1919 ; Req. 20 janv. 1920, précités.

CHAPITRE II

VARIABILITÉ DE LA PENSION

SECTION I. — *Variabilité de la pension après divorce*

L'article 301 a créé en termes exprès, au profit de l'époux bénéficiaire du divorce, une « pension alimentaire ». Or, toute dette alimentaire est par nature, essentiellement variable (1). Le principe est posé dans toute sa généralité par l'art. 209 C. civ., pour les aliments ordinaires. En sera-t-il de même, de la pension après divorce ? Elle établit au moment où elle est allouée, une sorte d'équilibre entre les ressources du débiteur et les besoins du créancier. Fixée en fonction des unes et des autres, devra-t-elle en subir les fluctuations et par suite, s'élever ou diminuer avec eux ?

L'art. 301 n'a prévu qu'une hypothèse, la suppression éventuelle de la pension, dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Il appartenait donc à la jurisprudence, dans le silence de la loi, de déterminer sur tous autres points, le régime juridique de la pension après divorce. Or, l'étude de ses solutions nous met à nouveau, en présence de l'évolution qu'elle a subie relativement à la nature de cette pension.

Le caractère principal d'indemnité qu'elle lui attribuait, à raison du préjudice causé par la rupture du mariage, eût dû logiquement entraîner une intangibilité ab-

(1) Lyon, 13 février 1930. La Loi, 2 avril 1930 ; Civ. 21 janv. 1930, S. 1930.1.322.

solue de la réparation accordée sous forme de pension, comme est définitive l'allocation de dommages-intérêts (2). Mais la jurisprudence, en considération de ce qu'elle est néanmoins destinée à procurer des aliments à l'époux innocent, a admis que comme toute pension alimentaire, elle était susceptible d'être révisée, suivant les besoins du créancier et les ressources du débiteur (3).

« Attendu, déclare la Cour de cassation, dans l'arrêt précité du 18 octobre 1926, que l'art. 301 sus-visé dispose que la pension ne pourra excéder le tiers des revenus du débiteur et qu'elle sera révocable le cas échéant ; que ce texte fait ainsi dépendre l'exercice du droit appartenant à l'époux créancier, de la quotité des revenus de l'époux débiteur ; *qu'il en résulte que suivant les variations de ces revenus, la pension pourra à toute époque, être supprimée ou réduite et réciproquement accordée ou augmentée* ».

Les décisions plus récentes insistent sur le caractère alimentaire de la pension de l'art. 301 et la possibilité qui en résulte pour le bénéficiaire, d'en demander à l'avenir la révision, selon les vicissitudes de la situation des deux époux (4). « Attendu, dit un arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 mai 1936 (5), que la pension accordée en vertu de l'art. 301, bien qu'ayant son fondement dans la réparation du préjudice causé à l'époux divorcé, par la perte du droit de secours auquel il pouvait prétendre durant le mariage, *est soumise à toutes les règles prescrites en matière d'aliments ; que dès lors elle peut être révisée en tenant compte des facultés nouvelles du débiteur de la pension et des besoins nouveaux du créancier* ».

(2) La Cour de Besançon a appliqué ce principe strictement indemnitaire, dans un arrêt du 20 brumaire an XIV, S. 1806.2.55.

(3) Trib. Seine, 9 mars 1917, D. 1918.2.27 ; Lyon, 11 oct. 1919, D. 1921.2.8 ; Poitiers, 29 mai 1922 ; Trib. Dijon, 25 juil. 1924, précités.

(4) Poitiers, 23 mai 1927 ; Req. 16 déc. 1931, 9 mai 1932, 12 février 1934 ; Montpellier, 16 février 1937, précités ; Colmar, 3 juin 1937, Gaz. Pal. 1937.2.575.

(5) Req. 12 mai 1936, précité.

Il est donc aujourd'hui, unanimement admis, que les époux peuvent poursuivre en justice, postérieurement au jugement qui l'a accordée, l'augmentation, la diminution ou la suppression de la pension.

§ 1. — *Augmentation*

L'époux créancier peut exiger le relèvement de la pension, lorsque sa fortune diminue ou que sa créance était restreinte par la limite du tiers des revenus, et qu'il offre de prouver que les ressources de son ex-conjoint ont augmenté (6).

Tel n'est pas l'avis de certains auteurs, cependant partisans de la théorie de la pension-secours, laquelle implique logiquement la variabilité de la pension (7). Coulon par exemple, admet la réduction parce qu'elle est implicitement prévue par l'art. 301, mais non l'augmentation, aussi bien en cas d'accroissement des besoins du créancier, qu'en cas d'extension de la fortune du débiteur. Il appuie son raisonnement sur le fait que le juge doit se placer au moment de la prononciation du divorce, pour apprécier les besoins du créancier, et que le débiteur ne saurait subir les conséquences de la maladresse ou de la mauvaise gestion de son ancien conjoint. Il estime au surplus, que les époux étant devenus étrangers l'un à l'autre, l'équité s'oppose à ce que toute modification de la fortune de l'un produise effet à l'égard de l'autre (8).

Quant à la jurisprudence, elle admet avons-nous dit, le relèvement de la pension originaire, en raison des va-

(6) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 640. — Laurent, op. cit., III, n° 310. — Carpentier, op. cit., n° 370. — Aubry et Rau, op. cit., VII, § 480, p. 351. — Goirand, op. cit., p. 215.

(7) Huc, op. cit., II, n° 420. — Fremont, op. cit., n° 964. — V. en ce sens, Demolombe, op. cit., n° 371. — Coulon, op. cit., V, p. 249. — Vraye et Gode refusent d'admettre l'augmentation de la pension basée sur la diminution des ressources du créancier, mais la déclarent au contraire légitime, lorsqu'elle s'appuie sur l'accroissement de la fortune du débiteur. Op. cit., II, nos 703 et 704.

(8) Cf. Paris, 10 février 1816. Pand. chr. 1.274.

riations respectives de la situation du créancier et du débiteur. Mais pour demeurer fidèle au principe indemnitaire, elle a exigé impérativement tout d'abord, l'existence d'un lien direct entre l'augmentation de la gêne alléguée par l'époux innocent, et le divorce, cause du préjudice dont il a souffert. Nous avons indiqué qu'il en était de même, pour la demande de pension provoquée par des besoins survenus après le divorce (9), et que la jurisprudence de la Cour de cassation à cet égard, s'était affirmée dans l'arrêt du 18 octobre 1926. La Chambre civile y avait refusé d'admettre, que l'accroissement du coût de la vie, augmentant les besoins de l'époux innocent, pût être invoqué par lui, pour réclamer une pension après le divorce, la hausse des prix n'étant point en relation directe avec celui-ci.

Or, il parut en général, après cette date, que le même raisonnement devait conduire à refuser, après rupture du mariage, toute augmentation d'une pension déjà concédée, quand les besoins nouveaux invoqués par le créancier, ne pouvaient être réputés en rapport direct de cause à effet, avec les faits du divorce. Pas plus que l'accroissement du coût de la vie, la survenance d'une maladie postérieure au divorce, ne pouvait donc logiquement motiver une demande tendant à élever le chiffre de la pension (10). La Cour suprême a, au contraire, approuvé des arrêts augmentant la pension, après avoir constaté que le mauvais état de santé de la femme, aggravé depuis le divorce, était dû à l'attitude du mari (11), ou que la maladie dont elle souffrait déjà lors du mariage, s'était aggravée avec l'âge (12). Mais sous la pression des circonstances économiques

(9) V. *suprà*, p. 144 et s.

(10) La Cour de cassation a approuvé le refus d'une augmentation de pension, demandée en raison d'une maladie, pour le motif que le mauvais état de santé était étranger aux faits qui avaient provoqué le divorce. — Req. 16 avril 1931 ; Civ., 17 janv. 1934, précités.

(11) Req. 17 mars 1931, S. 1931.1.174.

(12) Req. 9 mai 1932, précité.

actuelles, et en présence des justes critiques soulevées par ses exigences, peu compatibles avec le caractère alimentaire qu'elle reconnaissait à la pension, la Cour de cassation s'est par la suite montrée moins rigoureuse. Elle a renoncé à exiger un rapport de cause à effet, entre l'accroissement des besoins et le préjudice occasionné par le divorce, se bornant à déclarer que la pension de l'art. 301 « soumise à toutes les règles prescrites en matière d'aliments, peut être réduite ou même supprimée en cas de retour de l'époux divorcé à meilleure fortune, comme elle peut être révisée en tenant compte des facultés nouvelles du débiteur de la pension et des besoins nouveaux du créancier (13) ».

« On ne peut manquer de trouver significatifs, remarque M. Esmein, le silence gardé sur la question du lien direct, et l'affirmation de l'application à la pension de l'art. 301, de toutes les règles prescrites en matière d'aliments ».

Un arrêt de la Chambre des Requêtes en date du 12 mai 1936 (14), dont on ne saurait trop souligner l'intérêt pratique, a récemment consacré dans les termes les plus formels, cette nouvelle solution. La dame B. atteinte d'une maladie après le divorce, avait sollicité une augmentation de la pension que lui servait son ex-conjoint, le sieur M. La Cour de Grenoble avait fait droit à sa demande, par arrêt du 25 février 1935. Le défendeur se pourvut en cassation, alléguant que d'après la jurisprudence qui dominait jusqu'alors, l'époux innocent ne peut obtenir le relèvement de sa pension, que si son état de besoin est la conséquence directe du divorce, et ne provient pas d'événements ultérieurs ayant entraîné la diminution de ses ressources. Or, la Cour de cassation écarte expressément ce motif et rejette le pourvoi : « Attendu, dit-elle, qu'il résulte des constatations de l'arrêt, que depuis son divorce M. a obtenu un avancement qui porte ses appointements à une somme

(13) Req. 12 février 1934 ; Civ. 28 juin 1934, précités.

(14) Req. 12 mai 1936, précité.

nette supérieure à 40.000 francs ; que d'autre part, depuis 1930 la santé de la dame B. s'est gravement altérée, de telle sorte qu'elle ne peut se livrer aux travaux de dactylographie qui l'aidaient à vivre ; que dès lors, en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Elle admet donc que l'augmentation des ressources du débiteur justifie à elle seule, le relèvement de sa dette, et renonce à toute considération d'un lien direct de cause à effet, lequel était évidemment absent dans cette espèce, où la maladie de la femme, postérieure au divorce, ne présentait aucun rapport avec la rupture du lien conjugal.

« C'est la première fois, constate M. Savatier (15), que la Cour de cassation rejette expressément cette thèse à laquelle il y a tout lieu d'espérer que le présent arrêt portera le coup de grâce ». Cela ne peut manquer de se produire, si la jurisprudence, après avoir précisé le rôle réparateur de l'art. 301, consacre les conséquences logiques de la notion d'indemnité alimentaire.

« La pension de l'art. 301, continue en effet, M. Savatier, étant par définition, construite de manière à réparer la cessation du devoir de secours dont l'époux coupable était tenu par le mariage, et à procurer à l'époux innocent, les avantages mêmes qu'il eût tirés de ce devoir, *il s'ensuit qu'elle doit correspondre aux besoins ultérieurs de l'époux innocent, pour quelque raison que ces besoins s'accroissent, car l'étendue du devoir de secours n'aurait pas cessé de se mouler sur ces besoins* ».

§ 2. — Diminution

L'époux débiteur est fondé à réclamer l'abaissement de la pension dont il supporte la charge, lorsque la diminution de ses revenus personnels, ne lui permet plus d'en assurer le paiement intégral ou que la situation de son ex-conjoint s'améliore.

(15) Savatier, Note ss. l'arrêt précité.

La doctrine et la jurisprudence consacrent cette solution qui résulte implicitement de l'art. 301 : « Attendu qu'aux termes de cet article, affirme la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1903 (16), la pension alimentaire qui en fait l'objet ne peut excéder le tiers des revenus de l'époux contre qui le divorce ou la séparation de corps ont été prononcés ; que cet époux par suite, peut en demander la réduction, lorsque ses revenus subissent une diminution telle, que ce taux serait dépassé si le chiffre auquel elle a été fixée, était maintenu ».

La Cour de Colmar (17) a décidé par application de ces principes, que le fait que l'époux coupable a vu ses revenus diminuer considérablement et ses charges s'aggraver depuis son remariage, ne suffit pas pour motiver une réduction de la pension alimentaire, si depuis le divorce, il a son domicile à la campagne où la vie est moins chère, s'il est à même d'augmenter ses ressources en se livrant à un travail rémunérateur, et enfin s'il était déjà remarié antérieurement à sa condamnation.

§ 3. — Révocation

Le droit pour le débiteur de demander la révocation de la pension, résulte expressément de l'art. 301 qui s'exprime ainsi : « Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ».

C'est la règle que formule l'art. 209 lui-même en ces termes « Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments, est replacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée ».

(16) Req. 10 mars 1903, précité ; Nancy, 26 juin 1903, S. 1904. 2.33 ; Dijon, 18 nov. 1903 ; Civ. 12 déc. 1848, précités ; Boulogne-sur-Mer, 16 nov. 1923, Gaz. Pal. 6 février 1924.

(17) Colmar, 24 février 1934, précité.

Le Conseil d'Etat, avons-nous dit, substitua cette disposition générale, à la proposition plus étroite du Tribunal, de faire cesser le service de la pension en cas de second mariage de l'époux bénéficiaire. L'intention du législateur a donc été de libérer le débiteur de sa dette, lorsque le créancier se trouve en mesure d'assurer lui-même sa subsistance. L'existence de l'obligation de l'époux coupable est subordonnée à la gêne de son ex-conjoint. Que celui-ci revienne à meilleure fortune et il pourra obtenir la suppression de la pension (18).

Il faut avouer que cette disposition cadre mal avec le concept d'indemnité pure et simple, et nous avons indiqué l'objection vigoureuse que lui adresse Laurent. La notion d'indemnité alimentaire la justifie au contraire aisément. Le savant auteur oublie, en effet, la nature particulière du préjudice que la pension a pour but de réparer. Elle compense pour l'époux innocent, l'extinction du droit aux aliments qu'entraîne le divorce. Or, le dommage disparaît, lorsque cet époux cesse d'être dans le besoin. Il est naturel de révoquer dans la même hypothèse, la pension qui l'indemnisait. S'il n'en était pas ainsi, le créancier ferait un bénéfice (19).

SECTION II. — *Variabilité de la pension*
après séparation de corps. Application de l'art. 209 C.civ.

L'étendue de l'obligation alimentaire après séparation de corps est essentiellement variable, comme en toute autre circonstance ; son chiffre, calculé en fonction des besoins du demandeur et des facultés du débiteur, peut à tout moment être modifié par le juge, de manière à suivre équitablement les fluctuations de fortune des deux parties (art. 209) (20). La pension est donc susceptible d'augmenter

(18) Poitiers, 23 mai 1927, précité.

(19) Nous nous réservons d'étudier les événements susceptibles d'entraîner la suppression définitive, dans les chapitres consacrés aux causes d'extinction de la pension.

(20) Vraye et Gode, op. cit., II, n° 817.

avec la gêne de l'époux créancier (21), sans qu'il y ait à s'inquiéter comme en cas de divorce, de l'existence d'un rapport direct de cause à effet, entre l'accroissement de ces besoins et le relâchement du lien conjugal. La quotité du secours alimentaire ne saurait d'ailleurs s'élever au-dessus du chiffre de ressources que le débiteur peut abandonner à son conjoint, sans s'exposer à manquer lui-même du nécessaire.

Le taux de la pension est également susceptible de diminuer, si le créancier revient à meilleure fortune, par suite de l'acquisition de biens nouveaux, ou de l'exercice d'une profession ou d'un commerce rémunérateurs, que sa santé lui avait jusqu'alors interdit, ou encore, si une partie des ressources du débiteur se trouve absorbée par de nouvelles charges ou des opérations malheureuses, exemptes de fraude. Rappelons toutefois, que le mari ne pourrait pas invoquer indistinctement, les actes d'aliénation passés par lui avant le jugement, pour prétexter que sa situation pécuniaire désormais embarrassée, est de nature à faire réduire le chiffre de la dette qu'on lui impose. S'il apparaissait en effet, que ces actes sont intervenus en vue de porter préjudice à la femme, ils pourraient être annulés à la requête de celle-ci.

Le service de la pension cesserait enfin complètement, si le créancier n'en avait plus besoin, ou si le débiteur venait à se trouver hors d'état de l'acquitter, même en partie.

Ces diverses modifications ne se produisent d'ailleurs que sur l'intervention des intéressés, de sorte que si le débiteur par exemple, ne sollicite pas en justice la réduction ou la décharge de la pension, il n'est pas libéré par le seul fait de son appauvrissement ou de l'enrichissement de son conjoint (art. 209). Nous n'insistons pas davantage sur la diminution et la suppression de la pension, car la jurisprudence applique en matière de séparation de corps, les mêmes principes généraux qu'en matière de divorce.

(21) Montpellier, 26 déc. 1921, Gaz. Pal. 1922.1.471.

CHAPITRE III

FIXATION CONVENTIONNELLE. TRANSACTION

SECTION I. — *Validité d'une fixation conventionnelle de la pension après divorce*

Le Code civil a limitativement déterminé les personnes tenues du devoir alimentaire, mais n'a rien dit de la validité des conventions dont il est susceptible. L'art. 1004 C. pr. civ. défend il est vrai, de compromettre sur les dons et legs d'aliments, de sorte que les parties en litige ne peuvent confier à des arbitres le soin de les départager, et les auteurs en ont déduit l'impossibilité de fixer à l'amiable, la quotité des aliments : l'interdiction du compromis entraîne celle de la transaction.

Toute sentence arbitrale irrévocable, toute convention définitive, sont donc nulles en matière d'aliments, en tant qu'elles portent atteinte au caractère alimentaire et variable de la créance, et par conséquent au droit éventuel du juge d'en modifier le taux. Elles ne sauraient avoir plus d'autorité que le jugement qui statuerait à cet égard, c'est-à-dire qu'elles ne seront maintenues, qu'autant que subsistera la situation, en vue de laquelle elles sont intervenues.

Examinons maintenant la portée de cette règle générale, sur la dette alimentaire après divorce. L'intervention du juge est-elle indispensable à la fixation de la pension, ou les époux, maîtres de leurs droits, peuvent-ils invoquer le principe de la liberté des conventions, pour en déterminer à l'amiable la quotité ?

La solution du problème est intimement liée à la na-

ture juridique de la pension de l'art. 301. La jurisprudence, adoptant l'interprétation indemnitaire, la considère comme une forme spéciale de dommages-intérêts destinés à combler dans le patrimoine de l'un des conjoints, la perte que lui a causée la faute de l'autre « *Non est lege, sed est quasi-delicto* ». Or, rien n'interdit à la victime d'un délit ou d'un quasi-délit, de transiger sur le montant de l'indemnité réparatrice (1). Elle permet, en conséquence, aux parties, de fixer amiablement le taux de la pension ; et il nous semble que le débiteur doit pouvoir en ce cas, s'obliger au paiement d'une pension supérieure au maximum légal, car il s'agit en définitive, d'une limitation imposée au juge pour le protéger, et à laquelle il peut renoncer.

Considérant au surplus, que la forme alimentaire de l'obligation, bien que la plus adéquate au préjudice subi, n'est pas indispensable à la réparation de ce préjudice, elle autorise l'époux coupable à se libérer de sa dette, par le versement d'un capital ou d'une rente viagère fixe.

La convention qui intervient entre les époux est donc susceptible d'affecter, soit le chiffre de la pension, soit sa nature. C'est au juge du fait qu'il appartient d'apprécier leur intention. Si les époux ont simplement entendu éviter l'intervention du tribunal et non modifier les règles de l'art. 301, la pension pourra être révoquée, diminuée ou augmentée, comme si elle avait une origine judiciaire (2). S'ils ont, au contraire, conclu une convention irrévocable, sa modification exigera leur commun consentement. De telles conventions ne sont d'ailleurs valables qu'à la condition d'être exemptes de toute fraude (3).

(1) Demogue, op. cit., IV, n° 550.

(2) Colmar, 3 juin 1937, précité.

(3) A été déclarée nulle comme contraire à l'ordre public, une convention par laquelle deux époux avaient organisé une comédie d'adultère, en vue d'arriver au divorce, et dans laquelle le mari avait promis à sa femme le paiement d'une rente viagère pour prix de sa participation à la fraude. Trib. Boulogne-sur-Mer, 1^{er} août 1907, Gaz. Trib. 13 sept. 1907 ; Cf. Req. 15 janv. 1929, Gaz. Pal. 1929.1.565 ; Trib. Rouen, 25 oct. 1926, ibid.

La Cour de cassation a reconnu en 1889, la légalité d'une transaction, dans une espèce où l'accord des parties visait, non pas la pension de l'art. 301, mais celle de l'art. 212 (4). La Cour d'Orléans avait admis le maintien, après conversion de la séparation de corps en divorce, d'une convention intervenue entre les époux, après la séparation et avant la conversion, en vue de substituer une pension viagère fixe, à la pension réductible et révocable de l'art. 212. La Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi en cassation, dans les termes suivants : « Attendu, qu'il résulte de l'ensemble des constatations de l'arrêt attaqué, que l'acte transactionnel du 2 mars 1882, s'il avait pour point de départ la pension alimentaire allouée à la femme par un jugement antérieur, en avait profondément modifié les conditions et le caractère ; qu'il a été dans l'intention commune des parties, sous l'empire des circonstances particulières qui ont amené la transaction, de substituer à la pension proprement dite, réductible ou révocable suivant les changements qui pouvaient se produire dans la situation des parties, une pension viagère et fixe assurée à la femme V... pour toute la durée de sa vie : que ce serait violer la loi du contrat que d'admettre qu'une telle obligation a pu s'éteindre par un événement autre que celui qui avait été prévu, voulu et accepté par les parties. » L'arrêt ne fait aucune allusion au fondement juridique de la pension allouée par le jugement de séparation de corps. Nous croyons toutefois qu'il n'a pu valider cette convention qu'en utilisant le procédé, très peu rationnel à notre avis, de l'extension de l'art. 301 à la séparation de corps.

La Cour de cassation a ensuite admis le caractère obligatoire d'une transaction intervenue entre deux époux, en prévision du divorce, et dans laquelle le mari s'était librement engagé à verser une pension mensuelle fixe à sa femme, qui renonçait à en demander à l'avenir le relève-

(4) Req. 30 juillet 1889, S. 1892:1.391.

ment. « Attendu, affirme l'arrêt du 28 juillet 1903 (5), que le divorce en rompant les liens du mariage a fait cesser les obligations qui en découlent ; que l'engagement que l'un des époux a pris envers l'autre de lui servir une pension alimentaire après le divorce, n'a donc pas sa source dans la loi d'après les art. 212 et suivants C. civ., mais dans les causes particulières qui ont déterminé cette convention ; *que celui des époux auquel une indemnité pouvait être due en vertu de l'art. 301 C. civ. peut en conséquence valablement transiger sur son droit...* »

« Il ne peut plus d'ailleurs être question d'un intérêt d'ordre public, déclare le Conseiller Denis, dans son rapport. Si l'ordre public exige que des personnes unies par des liens de parenté ou d'alliance, ne laissent pas leurs parents ou leur conjoint sans moyen d'existence et leur impose une assistance secourable, il n'a pas de raison d'intervenir entre deux personnes que la dissolution du lien conjugal a faites étrangères l'une à l'autre. La rédaction de la loi est démonstrative à cet égard. Tandis que l'art. 212 crée par ses termes une dette alimentaire entre époux, l'art. 301 au contraire dispose que le tribunal pourra accorder une pension alimentaire pour assurer la subsistance de l'époux qui aura obtenu le divorce. C'est une faculté pour les juges qui ne se trouvent pas en présence d'un droit établi par la loi. La dette ne résulte donc pas de la loi. On ne voit pas pourquoi la transaction ne serait pas permise sur un droit qui naît d'un préjudice causé. On rentre ainsi dans le droit commun. »

Ce raisonnement nous paraît fortement critiquable, tant en lui-même que dans ses conséquences. On peut, en effet, se demander, comment la créance alimentaire créée au profit de l'époux innocent par l'art. 301 n'est pas « un droit établi par la loi ». La Chambre des Requêtes et le rapporteur ont sans doute voulu dire, que cette pension n'a

(5) Req. 28 juillet 1903, S. 1905.1.9.

pas le même fondement que celle qui dérive d'un lien de parenté ou d'alliance. Mais il n'est pas prouvé qu'un fondement différent doive changer complètement la nature d'une obligation dont l'objet est toujours le même : faire vivre le créancier. Le principal argument invoqué, consiste à dire que la condamnation à une pension alimentaire ne s'impose pas au tribunal qui jouit sur ce point d'une entière liberté. Or, ne peut-on pas aussi bien dire que l'obligation alimentaire n'est pas une conséquence nécessaire du lien de parenté ou d'alliance, puisqu'il appartient au juge de décider, après appréciation souveraine des circonstances de la cause, s'il y a lieu ou non d'accorder une pension ?

La décision de la Cour de cassation n'a d'ailleurs pas été sans soulever, et à juste titre, de nombreuses critiques dans la doctrine. M. Naquet (6) en particulier, l'a fortement combattue : « La Cour de cassation veut-elle indiquer que l'obligation de l'art. 301 n'a pas sa source dans la loi ? écrit-il. Nous nous ferions un scrupule de lui attribuer une pareille idée, car il est de toute évidence qu'une obligation qui est créée par un article du Code, est une obligation qui a sa source dans la loi. A-t-elle voulu marquer que l'obligation qui ne dérive pas de l'art. 212 cesse d'être d'ordre public ? Mais pourquoi, si telle a été sa pensée, ne pas l'exprimer clairement et se réfugier derrière cette considération dont nous ne comprenons pas la valeur, que l'obligation a sa source dans les causes particulières qui ont déterminé la convention ? Qu'est-ce que cela signifie ? Toutes les fois qu'une convention est conclue, que ce soit pour régler le chiffre d'une pension alimentaire ou pour toute autre chose, elle a toujours des causes particulières et nous ne comprenons pas comment des causes particulières peuvent changer la nature du droit qui fait l'objet de la convention. »

La jurisprudence a néanmoins persévéré dans cette

(6) Naquet, Note ss. l'arrêt précité.

voie (7). Faisant dominer la nature indemnitaire de la pension, elle a complètement perdu de vue, que le droit alimentaire reste avant tout, l'objet principal de l'art. 301, et que la pension après divorce, destinée à remplacer celui que l'époux innocent a perdu prématurément par la faute de son conjoint doit en suivre les règles :

« La pension accordée au cas de divorce, écrit M. Ripert (8), a pour but de permettre au conjoint de garder, grâce aux ressources qui lui sont allouées, une certaine dignité de vie ou un certain bien-être. Elle a exactement le même but que la pension alimentaire de l'art. 212. Doit-il être permis à celui qui a bénéficié de cette pension, d'y renoncer ou de transiger et peut-être aliéner son droit pour une compensation insignifiante ou un avantage illusoire ? Le pouvoir de révocation ou de revision accordé au juge suffit sans qu'il soit nécessaire de laisser ici toute liberté aux parties. »

Nous sommes, en effet, en présence d'une de ces solutions qui trahissent la préférence que la jurisprudence accorde à l'interprétation purement indemnitaire dont elle se détache qu'avec difficulté. Elle ne saurait être maintenue, si les tribunaux se décident enfin à rompre définitivement avec la théorie de la pension-indemnité. Sans aucun doute, la pension entre époux divorcés est d'origine indemnitaire, mais comme nous l'avons maintes fois rappelé, elle tient lieu de secours alimentaire. Le jour où la jurisprudence la pliera aux règles qu'exige sa destination, elle déclarera nulles comme contraires à l'ordre public, toutes conventions sur cette obligation.

(7) Trib. Seine, 5 juillet 1910, Gaz. Pal. 1910.2.500, 4 mars 1914, J. Le Matin, 5 mars 1914, 9 mars 1917, 1^{er} juillet 1936 ; Colmar, 3 juin 1937, précités. V. en ce sens Fremont, op. cit., p. 477. — Coulon, op. cit., V, p. 266. — Hitier, op. cit., p. 109. — Piérard, op. cit., II, n° 766.

Les seules décisions citées en sens contraire sont très anciennes : Paris, 7 floréal an XII, S. Chr. D. Al. 11.356 ; Metz, 13 déc. 1822.

(8) Ripert, Chronique, D.H. 1927.53.

Examinons brièvement une dernière hypothèse. Les époux pourraient-ils d'eux-mêmes et d'avance, prévoyant la rupture du mariage par le divorce, sinon remplacer, du moins augmenter les indemnités qu'accorde la loi à l'époux offensé ? En particulier, un mari pourrait-il stipuler que dans le cas où la femme provoquerait par son inconduite le divorce, elle serait tenue de lui payer une certaine somme ? (g).

Outre qu'une telle disposition serait certainement blâmée par l'opinion publique, nous ne croyons pas qu'elle ait chance d'être validée par les tribunaux. Il n'est pas admissible que les époux en contractant mariage, prévoient dès ce moment qu'il y aura lieu de rompre leur union par la faute de l'un d'eux, et si l'on considère qu'il y aurait là, comme un encouragement à intenter une action que la loi voit certainement avec défaveur, on conviendra avec nous que jamais convention n'aura eu une cause plus immorale.

SECTION II. — *Nullité d'une fixation conventionnelle de la pension après séparation de corps*

Nous venons d'indiquer que la jurisprudence validait, en invoquant le caractère indemnitaire de l'art. 301, les conventions relatives à la pension après divorce. En est-il de même, des transactions intervenues entre époux séparés de corps ?

(g) Il est un peuple de l'antiquité, les Egyptiens, chez qui, au temps des Lagides, les effets pécuniaires du divorce étaient presque toujours conventionnels. La femme prenait contre l'éventualité de cet événement les précautions suivantes :

1° En cas de divorce, le mari devait lui reconnaître une dot fictive, une pension et certaines reprises stipulées.

2° Elle fixait une forte amende pour le cas où le divorce proviendrait du fait du mari.

3° Ces sommes et ces amendes étaient garanties par une hypothèque sur tous les biens présents et à venir du mari.

La doctrine moderne est unanime, pour reconnaître l'impossibilité de transiger sur les aliments dus en vertu d'un lien de parenté ou d'alliance.

La jurisprudence prohibe également toute convention dont l'effet est, soit de priver le créancier de son droit pour l'avenir, soit d'en restreindre l'étendue. Ainsi elle a déclaré nul, le rachat de la pension alimentaire moyennant un capital (10). Cette nullité permet au créancier de former une nouvelle demande d'aliments, lorsque la somme qu'il a reçue à titre de transaction, se trouve épuisée.

Le principal motif invoqué par la jurisprudence à l'appui de ces décisions, est le caractère d'ordre public du devoir alimentaire fondé sur la parenté ou l'alliance. C'est ainsi que le tribunal de la Seine déclare, dans un jugement du 30 juin 1897 (11) « que toute transaction pouvant avoir pour but de soustraire pour l'avenir le débiteur d'une dette d'aliments, au paiement de cette dette, serait nulle et de nul effet comme contraire à l'ordre public ».

L'art. 6 C. civ. qui défend de déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public

4° Enfin, le mari se voyait privé, à titre de pénalité, de la totalité de ses biens qui passaient à son fils aîné (V. Revue égyptienne, Le divorce chez les Egyptiens.)

Citons maintenant un contrat de mariage thébain rapporté par M. Paturet dans La condition de la femme en Egypte, où l'on trouve des conventions touchant le divorce :

« L'an III, au mois de Thot, etc...

« Le fabricant d'étoffes de byssus de la fabrique d'Amon, Smouth, dont la mère est Taoukès, dit à la femme Tset.... fille de Pséamen, dont la mère est Tsetosor :

« Je t'ai prise pour femme, je te donne 1 argenteus, en sekels 5, 1 argenteus iterum pour ton don nuptial. Je t'établirai pour femme. *Que je te méprise, que je prenne une autre femme que toi, je te donnerai 5 argenteus, en sekels 25, 5 argenteus iterum.* Que je te donne le tiers de tout bien que j'acquerrai (biens qui seront communs entre toi et moi à partir du moment ci-dessus). »

Suit l'adhésion de la femme, etc..

(10) Bordeaux, 26 juillet 1855, S. 1857.23.

(11) Trib. Seine, 30 juin 1897, P. franç. 1898.2.10.

et les bonnes mœurs, fournit en effet, en ce sens, un argument décisif. La notion de bonnes mœurs est plus précise et plus facile à définir que celle d'ordre public. « Les bonnes mœurs, c'est la morale. Il est donc interdit aux particuliers d'insérer dans les actes juridiques, œuvre de leur volonté, des dispositions contraires à la morale. S'ils le font, ils auront agi en vain, leur volonté sera dénuée de toute portée juridique (12) ». Mais la dette alimentaire fondée sur le lien de parenté ou d'alliance, est précisément la traduction juridique de l'obligation morale impérieuse, qui oblige à secourir un parent ou un conjoint tombés dans la misère. S'affranchir par convention de ce devoir, serait donc faire un acte contraire à la morale et partant, radicalement nul.

Or, si la pension est allouée à l'époux coupable, elle ne peut avoir pour base juridique que l'art. 212 et l'idée de secours réciproque ; le chiffre en doit être proportionné aux besoins du créancier et à la fortune du débiteur ; il doit pouvoir être modifié dès que les ressources de l'un ou les besoins de l'autre viennent à changer. Dès lors, il est évident que les époux ne peuvent conclure à ce sujet une convention irrévocable. Il leur est tout au plus permis, de fixer provisoirement le taux de la pension, mais leur accord ne saurait avoir plus d'effet qu'un jugement, et il n'empêchera pas le créancier de réclamer plus tard à son conjoint, si sa situation de fortune l'exige, un supplément d'aliments, en vertu de l'art. 212.

Si c'est, au contraire, l'époux innocent qui a besoin d'une pension alimentaire, cette solution est plus douteuse, puisque la jurisprudence applique l'art. 301 à la séparation de corps. La pension est-elle fondée sur ce texte ? une transaction définitive sera valable, et c'est ainsi que la Cour de cassation a pu admettre, en 1889, comme nous l'avons indiqué, la validité d'un accord relatif à la pension due par le mari à sa femme séparée. Est-elle basée sur l'art. 212 ?

(12) Colin et Capitant, op. cit., I, p. 62-63.

une convention provisoire sera seule possible. Peut-être pourrait-on d'ailleurs, faire jouer cumulativement ces deux textes, en assimilant une partie de la pension à une indemnité dont les époux ont pu fixer définitivement le chiffre à l'amiable, et le surplus, à un secours alimentaire qu'aucun accord ne saurait soustraire au principe général de variabilité des prestations d'aliments.

Mais si la séparation de corps est ensuite convertie en divorce, quel sera le sort de la pension qui a fait l'objet d'un accord entre époux ? Le mari doit-il continuer à payer à sa femme, la somme qu'il s'est volontairement obligé à lui verser, ou est-il au contraire, délié de son engagement ? La Cour de cassation a décidé, dans l'arrêt précité du 30 juillet 1889, qu'une telle convention demeure irrévocable en cas de conversion, si telle a été la volonté des parties. Dans une décision plus récente, en date du 11 décembre 1929 (13), la Chambre civile se borne, sans donner à ce problème de solution de principe, à rappeler le pouvoir qu'ont les juges du fait, d'interpréter souverainement les conventions des intéressés, à la condition de ne pas les dénaturer, et elle en déduit qu'il leur appartient de décider que le mari n'est plus tenu de verser à sa femme, la pension qu'il lui a promise, s'ils estiment qu'il a eu l'intention de ne s'obliger qu'en vue du maintien de la séparation de corps et non pour le cas où cette séparation serait convertie en divorce. A vrai dire, et autant qu'on en peut juger d'après les motifs rapportés en substance dans l'arrêt, cette intention n'apparaissait peut-être pas en l'espèce, d'une manière très marquée, le mari n'ayant fait absolument aucune réserve pour le cas de divorce. Seulement, en l'absence d'une volonté suffisamment nette, l'on n'aurait pu considérer son obligation comme éteinte, qu'en recourant à la notion d'imprévision et en sous-entendant dans le contrat, la clause « *rebus sic stantibus* ». Or, on sait combien la jurisprudence civile est peu disposée à user de

(13) Civ. 11 déc. 1929, S. 1930.I.207.

cette ressource. Dès lors, pour pouvoir libérer le mari de sa dette, il était indispensable d'affirmer qu'il n'avait entendu s'engager que sous réserve de la conversion de la séparation de corps en divorce, par une interprétation de volonté quelque peu divinatoire sans doute, mais que la Cour de cassation n'a pas jugée être une dénaturation du contrat.

Nous verrons que les tribunaux ont eu principalement à statuer sur la renonciation pure et simple d'époux séparés de corps, à leur créance alimentaire. La nullité d'une transaction relative à ce même droit n'est pas moins certaine, étant donné les motifs invoqués par la jurisprudence.

*
* *

C. — OBSERVATIONS SUR LES GARANTIES DE LA PENSION ALIMENTAIRE

L'examen des garanties relatives au service de la pension après divorce et après séparation de corps ne rentre pas dans le cadre de notre sujet qui se restreint à l'étude des différences existant entre ces deux dettes alimentaires, car la jurisprudence a évolué sur ce point, dans le sens d'une reconnaissance de plus en plus grande des droits de la femme divorcée, qu'elle a assimilés à ceux de la femme séparée de corps.

Repoussant les distinctions établies par la doctrine, elle n'a pas hésité à valider les saisies-arrêts pratiquées par la femme séparée, sur la portion insaisissable des biens de son mari, qu'il fût marin (1), militaire (2) ou fonctionnaire (3) et elle a étendu cette solution, en opposition formelle avec la conception indemnitaire de l'art. 301, à la femme divorcée (4).

(1) Trib. Boulogne-sur-Mer, 16 juil. 1897, D. 1898.2.518 ; Civ. 28 nov. 1900, D. 1904.1.293. Rapport du conseiller Durand. Elle invoque alors l'application de l'ordonnance royale du 1^{er} novembre 1745, complétée par les décrets des 4 mars 1852 et 11 août 1856, art. 250.

(2) Trib. Caen, 27 juil. 1891, D. 1893.2.217 ; Rennes, 26 avril 1893, D. 1894.2.317 ; Trib. Seine, 18 mai 1898, Le Droit, 8 nov. 1898. L'insaisissabilité des pensions militaires est régie par les lois des 11 avril 1831, art. 28, 19 mai 1834, 31 mai 1862, art. 268, et 14 avril 1924, art. 54.

(3) Paris, 15 août 1842. Rép. prat. D. v^o Saisie-arrêt 164.

Bordeaux, 12 juil. 1880, D. 1880.2.232 ; Trib. Seine, 28 déc. 1891, Le Droit, 18-19 janv. 1892. L'insaisissabilité du traitement des employés civils de l'Etat résulte des lois des 9 ventôse an XI, 12 janvier 1895, 27 juillet 1921 et 4 août 1930. Ces deux dernières lois ont formellement excepté des restrictions apportées à la saisie des petits traitements et salaires des employés et ouvriers, les dettes alimentaires prévues aux art. 212 et 301.

(4) Validant la saisie-arrêt pratiquée sur la pension d'un militaire. Trib. Tunis, 12 nov. 1894, Gaz. Trib. 27 janv. 1895 ; Trib. Lille, 5 déc. 1911, S. 1912.2.156 ; Cf. Trib. Seine, 6 févr. 1902, S. 1903.2.285 ;

La jurisprudence, désireuse de protéger le conjoint innocent, applique également à l'inobservation de ce texte, le délit d'abandon de famille créé par la loi du 7 février 1924 qui sanctionne l'obligation alimentaire entre époux (5).

Elle décide enfin constamment aujourd'hui, après avoir suscité maintes controverses dans la doctrine, que le paiement de la créance alimentaire de la femme séparée de corps ou divorcée, est garanti non seulement par l'hypothèque judiciaire prenant rang au jour du jugement, mais encore par l'hypothèque légale de l'art. 2121 C.civ. prenant rang au jour du mariage.

Le principe a été posé, en ce qui concerne la séparation de corps, par un arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1921 (6) qui a décidé en outre, que toute subrogation ou renonciation consentie par la femme séparée, en faveur d'un créancier hypothécaire du mari est nulle, en tant qu'elle garantit le paiement de sa pension. La nullité de ces opérations juridiques n'est pas douteuse et répond certainement au but visé par le législateur : nul ne peut être privé du droit aux aliments que la loi lui accorde, ni s'en dépouiller directement par une cession ou une renonciation. La renonciation indirecte à un droit incessible doit être frappée de la même nullité, or une cession de la garantie équivaut à une renonciation indirecte à la créance alimentaire.

La question paraît devoir être pareillement tranchée pour la pension après divorce, depuis un autre arrêt de la Chambre des Requêtes, en date du 3 juillet 1928 (7).

Civ. 9 janv. 1917, D. 1917.1.125 et 19 avril 1921, D. 1921.1.8 ; Poitiers, 10 avril 1922, D. 1923.2.96 ; Req. 3 avril 1928, Gaz.Trib. 21-22 sept. 1928. — Sur la pension d'un fonctionnaire, Paris 19 juill. 1894, D. 1895.2.179 ; Cf. Paris 3 mai 1899, Gaz.Trib. 1899.2.409 ; Req. 27 avril 1911, D. 1912.1.51 ; Civ. 26 mai 1913, D. 1914.1.300 ; Alger, 29 févr. 1912, S. 1913.2.54.

(5) V. *suprà*, arrêts cités, p. 80.

(6) Civ. 12 déc. 1921, précité.

(7) Req. 3 juil. 1928, précité et autres arrêts cités, p. 78.

Cela s'expliquait en l'espèce, car la pension, bien qu'accordée selon les termes de la décision, en vertu de l'art. 301, avait trait en réalité, à l'entretien des enfants et présentait un caractère purement alimentaire, mais la jurisprudence, se rangeant à l'avis de M. Capitant, exposé dans sa note à l'arrêt de 1921, incline vers la même assimilation, relativement à celle qui est allouée à la femme pour ses besoins personnels. Le Tribunal de Nice a décidé le 26 novembre 1933, que la femme divorcée ne peut renoncer à son hypothèque légale quand celle-ci garantit la créance que lui reconnaît l'art. 301, et que par suite, la radiation de l'inscription n'est pas possible, en vertu d'une transaction. Un tel jugement est difficilement explicable, si l'on considère avant tout, le fondement indemnitaire de l'art. 301. Il puise, au contraire, une argumentation solide, dans la notion d'indemnité alimentaire.

Or, nous voudrions seulement indiquer, qu'en ce qui concerne la validité des renonciations et subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, les débats relatifs à la nature juridique de la pension après divorce, ont récemment perdu une grande partie de leur intérêt. Un décret-loi du 14 juin 1938 (8), répondant aux vœux de nombreux projets de réforme élaborés en faveur du crédit immobilier (9), a en effet complété comme suit, l'art. 2135 C. civ. :

« Les effets de l'hypothèque légale de la femme mariée, même en tant qu'elle garantissait la pension alimentaire judiciairement allouée à la femme pour elle ou ses enfants ou toute autre charge née du mariage, ne peuvent en aucun cas être opposés aux tiers acquéreurs ou prêteurs

(8) J. Off. 17 juin 1938, p. 6876. Sur la rétroactivité du décret-loi, V. Dijon, 27 oct. 1938, D.H. 603.

(9) V. les projets élaborés en ce sens avant le décret-loi, par MM. Lafagette, Besnard et Carrère et par la Société d'Etudes législatives, dans Barbier Henry, De l'effet des conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme mariée, sur sa créance éventuelle d'aliments. Thèse, Dijon, 1932, p. 120 et s.

qui ont bénéficié des renonciations, cessions ou subrogations ou concours à la vente antérieurs à l'inscription de cette hypothèque, à condition que la femme y ait expressément renoncé, après lecture faite et constatée par l'acte, du présent article.

« La présente disposition sera applicable aux renonciations, cessions, subrogations, concours à la vente effectuée, même si ces actes ne contiennent pas la renonciation exigée pour l'avenir. »

Il résulte donc de l'alinéa final du nouvel art. 2135, que les renonciations et subrogations consenties antérieurement au décret-loi sont valables, même si les actes qui les constatent ne contiennent aucune renonciation expresse de la femme à son hypothèque, en tant que celle-ci garantissait la pension alimentaire qu'elle avait obtenue, et il importe peu de savoir si cette pension présente ou non un caractère alimentaire.

D'autre part, les renonciations et subrogations qui interviendront à l'avenir seront nulles, si l'une des formalités exigées par l'art. 2135 fait défaut, sans qu'il y ait à se préoccuper de la nature alimentaire ou indemnitaire de la pension.

D. — LES CAUSES D'EXTINCTION DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Nous nous bornerons à l'examen des événements susceptibles de mettre fin à la créance alimentaire dont bénéficie le conjoint divorcé innocent, et qui n'ont pas à intervenir ou exercent une influence différente, sur la pension obtenue par l'un des époux séparés de corps.

Nous ne reviendrons pas sur la révocation qui ne soulève aucune difficulté. Elle peut être prononcée à tout moment par le tribunal, dès que le créancier devient capable de subvenir lui-même à ses besoins, mais ne présente toutefois qu'un caractère provisoire car la pension peut être rétablie, après avoir été supprimée, si la nécessité l'exige.

Nous étudions maintenant les faits qui entraînent la suppression définitive de la pension après divorce et après séparation de corps.

*
**

CHAPITRE PREMIER

LA RENONCIATION DE L'ÉPOUX CRÉANCIER

SECTION I. — *Validité de la renonciation de l'époux divorcé*

Distinguons d'abord la renonciation de la transaction que nous avons étudiée précédemment. On peut définir la renonciation, une manifestation unilatérale de volonté dont le but est d'éteindre un droit acquis ou d'empêcher de naître un droit éventuel. Il s'agit, en définitive, d'un acte à titre gratuit, par lequel le créancier se dépouille, sans recevoir aucune compensation. Il y a, au contraire, transaction, lorsqu'il n'abandonne intégralement sa créance, qu'avec la certitude d'obtenir en contre-partie, un avantage, lui assurant un droit de nature différente de celui dont il a disposé. Les effets directs de ces deux actes juridiques sont d'ailleurs les mêmes, puisque dans les deux cas, il y a extinction définitive d'un droit.

La validité d'une renonciation ne semble pas douteuse, en général, relativement aux termes échus d'une pension alimentaire, non encore acquittés par le débiteur. L'indigent a la libre disposition des sommes qui lui sont versées à échéances fixes. Il peut donc en faire remise au débiteur, s'il a pu s'en passer pour vivre. Il n'en résulte aucun inconvénient grave pour l'avenir, puisque sa créance se compose de prestations périodiques, à échéances rapprochées.

Mais la question est beaucoup plus complexe, en ce qui concerne la renonciation au droit éventuel de réclamer des aliments. Les auteurs admettent toutefois, la validité

d'une renonciation aux termes à échoir de la pension après divorce : « Cela nous paraît être dans la nature des choses, écrit Fremont (1), car, s'il s'agit de divorce, les époux sont étrangers l'un à l'autre, et la renonciation est valable, comme s'il s'agissait d'une rente servie à un tiers quelconque : une pareille transaction est parfaitement licite. »

Quant à la jurisprudence, elle assimile une fois de plus, la dette alimentaire de l'art. 301 à une obligation *ex delicto*, et se prononce dans le même sens. Les tribunaux permettent non seulement, comme nous l'avons vu, le rachat de la pension moyennant le versement d'un capital, mais valident même une renonciation pure et simple, dépourvue de toute compensation.

La jurisprudence raisonne de la façon suivante. Ce que l'on ne pourrait tolérer, c'est qu'une clause de non-garantie exonérât à l'avance une personne, des conséquences de ses fautes délictuelles futures, mais une fois le délit commis et le préjudice mesuré, on ne saurait interdire aux parties de fixer amiablement le montant de l'indemnité, par une transaction, ni à la victime, de renoncer à toute réparation, en prenant à sa charge le dommage qui lui a été causé.

La dualité de la doctrine admise par la jurisprudence, suivant qu'il s'agit d'une obligation alimentaire *ex jure sanguinis*, ou d'une obligation alimentaire *ex delicto*, est nettement mise en évidence, dans un jugement rendu par le Tribunal de la Seine, le 28 juin 1926 (2). Une femme s'était engagée au cours d'une instance en divorce, à ne jamais réclamer à son mari de pension alimentaire, ni pour elle, ni pour ses enfants. Elle avait pris cet engagement, en considération de ce que son père possédait alors des ressources suffisantes pour l'aider à vivre. Mais celui-

(1) Fremont, op. cit. n° 963. — Cf. Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 642. — Vraye et Gode, op. cit., II, n° 713. — Carpentier, op. cit., n° 374. — Coulon, op. cit., V, p. 266.

(2) Trib. Seine, 28 juin 1926, précité, et Req. 26 juill. 1928, S. 1928, I. 366.

ci s'étant ensuite retiré des affaires, elle prétendit qu'elle n'avait pu renoncer valablement pour l'avenir, au droit de demander des aliments, et s'adressa à justice, en vue de faire condamner son ex-mari à lui servir une pension, tant pour les enfants communs qui lui avaient été confiés, conformément à l'art. 303, que pour ses besoins personnels, en vertu de l'art. 301.

Le Tribunal de la Seine accueillit la demande de pension relative aux enfants, pour les motifs suivants : « Attendu que l'obligation de chacun des époux divorcés de contribuer dans la proportion de leurs facultés respectives, aux frais d'entretien et d'éducation des enfants issus du mariage, a son fondement dans la loi et dérive d'une obligation naturelle dont aucun d'eux ne pourrait s'affranchir. Attendu que l'art. 303 rappelle que les époux doivent continuer à y contribuer dans la limite de leurs facultés ; *que cette obligation constitue une conséquence nécessaire du divorce, qu'elle a par suite un caractère d'ordre public et ne peut faire l'objet d'une transaction ou d'une renonciation pour l'avenir.* »

Il repoussa par contre, la demande de pension alimentaire fondée sur l'art. 301 : « Attendu que M. oppose à cette demande l'engagement pris par la dame D. d'y renoncer ; que cette prétention est fondée.

« Qu'en effet la pension de l'art. 301 a le caractère d'une indemnité, d'une réparation pour le conjoint qui se trouve dans la nécessité de faire prononcer ou de subir la rupture du lien conjugal ; qu'il est loisible aux époux de s'entendre directement sur le chiffre de cette pension et ses modalités ; *que la disposition de l'art. 301 n'a pas un caractère d'ordre public, car elle n'est pas une conséquence nécessaire du divorce ; qu'il est toujours possible à la victime d'un délit de fixer à l'amiable la réparation à laquelle elle a droit, voire même de la céder ou d'y renoncer complètement.*

« Attendu qu'il est constant que la dame D. s'est engagée à ne jamais réclamer à M. de pension pour elle-mê-

me ; qu'elle ne peut se restituer aujourd'hui contre cette déclaration formelle ; qu'il convient par suite de la débouter de sa demande sur ce chef. » (3)

Le même Tribunal a reproduit cette solution dans une espèce analogue, par un jugement du 1^{er} juillet 1936 (4) qui n'est en somme avec le précédent, que la consécration de la jurisprudence antérieure relative à la transaction : « Attendu, affirme-t-il... qu'il y a lieu de décider conformément à une jurisprudence constante, qu'il était loisible aux époux de s'entendre directement sur le chiffre de cette pension ; qu'une transaction ou même une renonciation est valable entre époux divorcés, la pension attribuée à la femme, consistant avant tout dans la réparation due par le conjoint dont la conduite a motivé le divorce ; qu'ainsi la femme L. s'étant engagée à ne jamais demander que le service de la pension soit repris, elle ne peut revenir aujourd'hui sur cette déclaration formelle. »

La possibilité de transiger sur la pension et d'y renoncer, implique pour le créancier, le droit d'en céder les arrérages, à titre onéreux ou à titre gratuit (5), mais elle n'est cédée que *cum sua causa*, c'est-à-dire avec tous les risques d'une revision toujours possible.

Nous renvoyons aux critiques que nous avons formulées, en traitant de la transaction, sur la non-reconnaissance du caractère d'ordre public de l'art. 301. Nous ajouterons seulement, qu'il n'existe pas à notre sens, de faute

(3) Remarquons toutefois que la jurisprudence permet sur l'indemnité réparatrice prévue à l'art. 301, des conventions qui seraient nulles sur celle de l'art. 1382. Il est, en effet, bien établi que l'on ne peut renoncer à l'avance, aux dommages-intérêts destinés à réparer un préjudice qui n'est pas encore causé. Or le jugement que nous venons de rapporter valide une renonciation faite au cours de la procédure de divorce, alors que le préjudice que tend à réparer l'art. 301 ne sera causé à l'époux innocent que par la rupture du lien conjugal, c'est-à-dire seulement au jour où le jugement de divorce aura acquis l'autorité de la chose jugée.

(4) Trib. Seine, 1^{er} juil. 1936, précité.

(5) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 642.

plus anti-sociale que celle de l'époux, qui en violant tous les engagements contractés lors du mariage, occasionne la ruine d'un foyer et la dissolution d'une famille. Il nous semble dès lors, que l'ordre public et la société tout entière sont fortement intéressés, et au premier chef, à la répression d'une faute aussi grave que celle dont l'art. 301 poursuit la réparation. Une renonciation pure et simple, consentie peut-être sous l'empire de la crainte, ou une transaction accompagnée parfois d'un avantage illusoire, ne sont d'ailleurs pas moins incompatibles avec le caractère alimentaire de la pension après divorce, qu'une détermination conventionnelle, irrévocable, du taux de cette pension.

Le système admis par la jurisprudence est aussi peu rationnel dans son principe, que funeste dans ses conséquences. On comprend difficilement d'une part, qu'elle valide la renonciation à une créance dont elle néglige ainsi l'objet principal, et qu'elle prenne en considération ce même objet, pour prohiber les renonciations et subrogations à l'hypothèque légale qui en garantit le paiement. Il s'agit là, en somme, d'un tout, d'un ensemble, qu'il apparaît véritablement arbitraire et illogique, de vouloir fragmenter, dissocier, pour adopter à propos de ses diverses parties, ainsi malencontreusement isolées, des solutions spéciales et différentes. Comme l'époux divorcé, d'autre part, n'a pas toujours la possibilité d'assurer sa subsistance par son travail personnel, ni une famille en état de lui fournir des subsides, n'est-ce pas en définitive, et parce qu'on ne l'a pas protégé contre sa faiblesse et son imprévoyance, à la charge de la société qu'il retombera ? Or l'intérêt social n'exige-t-il pas, que les individus soient privés de la faculté d'aggraver volontairement et inconsidérément, le fardeau déjà trop lourd de la misère humaine qui pèse sur la collectivité ?

SECTION II. — *Nullité de la renonciation de l'époux
séparé de corps*

Nous savons que la jurisprudence, déniait tout caractère d'ordre public, aux dispositions de l'art. 301, valide la renonciation consentie par le bénéficiaire, tant aux termes de la pension alimentaire, échus mais non payés, qu'aux arrérages à échoir. Reconnaît-elle la même faculté à l'époux créancier d'une pension, après séparation de corps ?

Les tribunaux lui accordent le droit de renoncer aux arrérages échus, par application du principe général, que tout créancier d'aliments a la libre disposition des sommes qui lui sont remises pour assurer sa subsistance. On relève cette idée, dans un arrêt de la Cour de Montpellier (6) ainsi conçu : « Attendu que si en 1912, S., venu à Montpellier, pour y suivre le traitement d'un médecin spécialiste, a réussi à apitoyer sa femme sur son état de maladie, si celle-ci s'est laissée fléchir, soit par charité chrétienne, soit par l'espoir, chimérique et bientôt déçu, de ramener son mari à son foyer et l'a normalement assisté dans la maladie, on ne saurait y voir aucune renonciation à son droit à la pension... Attendu que S. ne pouvant opposer à la demande de M., ni renonciation, ni prescription, est resté débiteur de *tous les termes échus* depuis la demande en séparation de corps. » La Cour a décidé que les faits allégués par le débiteur ne suffisaient pas à prouver en l'espèce, la renonciation de la femme aux termes arriérés et non payés de sa créance alimentaire, mais il résulte par a contrario, de son arrêt, que cette renonciation aurait pu se produire valablement dans d'autres circonstances.

Invoquant le caractère d'ordre public de l'obligation alimentaire fondée sur l'art. 212, la jurisprudence prohibe, au contraire, toute convention dont l'effet serait de

(6) Montpellier, 26 déc. 1921, précité.

priver le créancier de son droit pour l'avenir : « Attendu, déclare la Cour d'Aix dans une décision très ancienne du 18 janvier 1841, que par l'effet de la séparation de corps, le lien conjugal étant simplement relâché mais non détruit... les époux peuvent encore être tenus de se fournir respectivement des aliments ; que par suite, la transaction dont on excipe sur ce point, à l'encontre de la dame P. ne saurait lui être opposée comme fin de non-recevoir. Attendu qu'il n'est pas permis de renoncer par transaction au droit alimentaire et de se condamner ainsi à mourir de faim. »

Une jurisprudence constante d'autre part, assure à la créance alimentaire, fondée sur l'art. 212, la garantie de l'hypothèque légale de la femme mariée. Or, les tribunaux ont eu à statuer sur des conventions, contenant renonciation de la femme non à sa pension alimentaire, mais aux sûretés qui lui sont attachées. Ils ont très sagement estimé, qu'une telle stipulation aboutissait par une voie détournée, à l'abandon de la créance elle-même. La Cour de cassation a pour la première fois, affirmé ce principe en termes décisifs, dans l'arrêt précité du 12 décembre 1921 (7) : « Attendu que toute renonciation au droit éventuel à une pension alimentaire résultant de l'art. 212 C.civ. est nulle comme contraire à l'ordre public ; qu'il en est de même de la renonciation totale ou partielle aux garanties légales de ce droit... qu'en effet la créance alimentaire peut être rendue illusoire par la disparition ou l'inefficacité de la sûreté légale qui en garantissait le recouvrement ; que la femme en renonçant à son hypothèque ou en la rejetant à un rang trop éloigné pour qu'elle puisse produire effet utile, se dépouillerait par voie indirecte des ressources dont la loi n'a pas voulu qu'elle pût disposer directement.. »

« L'obligation alimentaire, affirme M. Audinet dans

(7) V. en ce sens, Limoges, 10 mars 1905, D. 1905.2.187; Trib. Reihel, 22 mars 1911, Rec. Nancy, 1912.14 ; Poitiers, 21 avril 1913, précité ; Boulogne-sur-Mer, 27 févr. 1925, Gaz. Pal. 1925.1.675.

son commentaire (8), intéresse l'ordre public parce qu'elle est la consécration par la loi d'un devoir moral ; et l'on ne peut être dispensé d'accomplir un tel devoir, même par la renonciation de celui à qui il est dû ; elle est une conséquence des rapports de famille et la loi règle impérativement ces rapports et leurs conséquences, sans que la volonté des parties puisse y déroger. »

La créance alimentaire fondée sur l'art. 212 ne saurait enfin, dans l'intérêt même du bénéficiaire, être l'objet d'une cession valable. Qu'on songe en effet, qu'il lui serait loisible dans les jours heureux, de disposer à titre gratuit, des ressources que la gêne du lendemain réclamera peut-être impérieusement, ou de dilapider, s'il a contracté à titre onéreux, le capital qu'il a reçu, et l'on comprendra qu'il importe de ne pas rendre vaine et illusoire, la protection que le législateur a voulu lui accorder. C'est ce qu'expriment nettement les motifs d'un arrêt de la Cour de Paris, en date du 10 juin 1925 (9), que nous approuverions sans réserve, s'il était relatif à la séparation de corps, tandis que nous nous expliquons difficilement, comment la Cour a pu invoquer l'art. 212, en matière de divorce : « *Considérant que l'obligation alimentaire dérivant des rapports de famille, ayant un caractère d'ordre public, la femme mariée ne peut céder la créance résultant de la pension à elle allouée en vertu de l'art. 212 C.civ. par jugement de divorce (?) en tant qu'elle a pour objet des termes à échoir, une telle créance étant insaisissable (art. 581, 2° C. pr. civ.) ni y renoncer même partiellement, non plus qu'à l'hypothèque qu'elle a fait inscrire pour la conserver.* »

Rappelons que le système radicalement opposé, que consacrent les tribunaux, sur l'obligation alimentaire de l'art. 301, s'explique uniquement par la considération de son fondement indemnitaire, et qu'il serait préférable que les juges s'autorisassent de son caractère alimentaire, pour

(8) Audinet, E. Note S. 1923.1.353.

(9) Paris, 10 juin 1925, Gaz. Pal. 5 nov. 1925.

adopter une solution parallèle à celle que nous venons d'exposer. Le but des art. 212 et 301 ne nous paraît pas différent. Il s'agit toujours d'assurer la subsistance d'un époux auquel la loi veut maintenir les ressources que le mariage lui procurait. Pourquoi dès lors, accorder dans un cas, la liberté qu'on refuse dans l'autre, où les raisons de décider sont les mêmes. Il apparaît pour le moins singulier, que l'époux divorcé pût se dépouiller, par anticipation, d'une façon absolue et définitive, d'un secours alimentaire qui constituait peut-être son unique ressource.

*
**

CHAPITRE II

LE NOUVEAU MARIAGE APRÈS DIVORCE DE L'ÉPOUX CRÉANCIER

Il est certain que le remariage du débiteur ne le libère pas de sa dette vis-à-vis de son conjoint ; tout au plus, peut-il en demander la réduction, si les nouvelles charges de famille qu'il assume, ont entraîné la diminution de ses ressources (1).

Plus délicate est la question, dans le cas où c'est l'époux créancier qui contracte une nouvelle union. Les décisions jurisprudentielles mettent ici, directement en conflit, les deux théories qui rattachent l'obligation alimentaire après divorce, soit à la survie du devoir de secours, soit à la notion d'indemnité.

Si l'on opte pour la première, on doit en conclure que la dette alimentaire cesse de peser sur le premier conjoint pour retomber tout entière sur le second, auquel il appartient désormais d'assurer la subsistance de l'époux innocent (2). Si cette seconde union se termine elle-même par un nouveau divorce, c'est au second époux qu'incombe également le service de la pension, dans la mesure où il prive le conjoint offensé de son droit aux aliments. Cette double solution est mise en évidence par la Cour d'Aix, dans un arrêt du 19 mars 1915, infirmant un jugement du Tribunal consulaire de Constantinople, et sur pourvoi, par

(1) Toulouse, 22 nov. 1907, *Gaz. Trib. Midi*, 8 déc. 1907.

(2) Trib. Seine, 10 mars 1888. *Le Droit*, 21 mai 1888. — V. en ce sens, Carpentier, *op. cit.*, n° 374. — Demolombe, *op. cit.*, n° 372.

la Cour de cassation (3). La Chambre civile observe à cet effet, que d'une part « en se remariant, la femme a perdu tout droit à l'encontre de son premier mari ; que tous liens ont été brisés ; qu'en cas de second mariage, l'obligation alimentaire passe au second mari (4) », d'autre part « qu'en cas de nouveau divorce, c'est également au second mari, qu'il incombe de réparer les conséquences dommageables de la situation faite à la femme qui a obtenu le divorce à son profit ».

Certains auteurs, dont Carpentier, font en outre remarquer qu'il serait profondément immoral « qu'un premier époux soit obligé de faire vivre de ses deniers le second ménage de son conjoint. » — « Il serait choquant de voir une femme divorcée et remariée, entretenir son second mari avec les subsides du premier et plus choquant encore de voir la femme, par un second divorce, retomber à la charge du premier mari. » (5)

Si l'on préfère assimiler à une indemnité, l'allocation de la pension alimentaire, on estimera que le second mariage n'a pas fait disparaître le préjudice résultant de la rupture du premier, et qu'il ne doit pas décharger le débiteur de la responsabilité de sa faute. Telle est l'objection que l'on peut formuler contre le premier argument présenté par la Cour de cassation : ni le divorce, ni le second mariage, n'ont par eux-mêmes, mis terme aux obligations délictuelles dont le premier mari pouvait être tenu à l'égard de la femme ; or, c'est à ce titre exclusivement, que celle-ci réclame la pension qui n'est qu'une forme particulière de dommages-intérêts. Vraye et Gode invoquent d'autre part en ce sens, l'autorité des travaux préparatoires et le refus d'accéder à la proposition du Tribunal de supprimer

(3) Aix, 19 mars 1915 ; Civ. 21 avril 1920, D. 1924.I.91. — Gaudemet, *Revue trim.* 1921, p. 210 et s.

(4) Cf. le motif identique de Req. 21 déc. 1938, D.H. 1939.116, dans une espèce où le remariage avait été suivi du décès du second mari.

(5) Ripert, *Chronique précitée*. — Cf. Piérard, *op. cit.*, II, n° 765.

la pension en cas de nouveau mariage (6). Ils en concluent que le législateur n'a pas voulu qu'il pût modifier la pension accordée à l'époux innocent.

Il nous semble qu'une solution intermédiaire, plus souple, répondant mieux à la véritable nature et au rôle de la pension après divorce, est à la fois plus rationnelle et plus juste. Ce moyen terme consiste à écarter le système de l'extinction nécessaire et automatique de la pension, au cas de remariage de l'époux créancier. Il n'est d'ailleurs pas inconnu en jurisprudence, puisque nous le trouvons formulé dans un jugement du Tribunal de Perpignan du 8 janvier 1895 (7), ainsi conçu : « Il est admis en doctrine et en jurisprudence que le convol en secondes noces par l'époux divorcé ne fait pas perdre ipso facto, nécessairement et absolument à celui-ci le bénéfice de la pension que l'autre conjoint divorcé a été condamné à lui servir ; une opinion contraire est insoutenable en présence des discussions préliminaires qui ont précédé la rédaction définitive de l'art. 301 sus-visé. Il faut reconnaître que dans la situation respective des parties au procès, le juge est investi d'un pouvoir discrétionnaire, souverain, qui lui donne le droit de révoquer, de maintenir ou de réduire la pension suivant les circonstances, c'est-à-dire d'après les besoins du bénéficiaire de la pension et d'après les facultés de celui qui en est le débiteur... *Il faut rejeter les conclusions du demandeur tendant à faire révoquer la pension pour le seul motif des secondes noces de la dame G. consécutives à son divorce avec G. ; il convient simplement de recher-*

(6) Vraye et Gode, op. cit., II, n° 699. — Carpentier trouve dans ces mêmes travaux préparatoires la justification de la solution inverse : « Le projet primitif prévoyant expressément le convol du créancier en faisait une cause d'extinction de la pension alimentaire et le mot « révocable » de la rédaction définitive n'y fut substitué que pour étendre le pouvoir d'appréciation des tribunaux. »

(7) Trib. Perpignan, 8 janv. 1895, D. 1895.2.333 ; Trib. Avanches, 30 oct. 1896, La Loi, 7 janv. 1897 ; Grenoble, 7 févr. 1900, Rec. Grenoble, 1900.63.

cher d'après la position pécuniaire respective des parties, si la pension doit être maintenue ou bien peut être supprimée ou modérée. »

Il faut donc repousser toute solution absolue. La pension de l'art. 301, avons-nous dit, est une indemnité dont l'objet est de restituer à l'époux innocent, un droit alimentaire identique à celui que lui procurait le mariage. Mais pourrait-on objecter, son remariage, assure précisément à ce même époux, le droit de secours de l'art. 212 C.civ., à l'encontre d'un nouveau conjoint, de sorte que tout le préjudice provoqué par la dissolution anticipée de la première union, a juridiquement disparu. Il est aisé de répondre, que s'il en est ainsi en droit, il est moins certain qu'il en soit de même en fait ; l'erreur consiste à ériger l'hypothèse en principe, et c'est le reproche que nous adressons au second argument de la Cour de cassation. Développé, cet argument peut se formuler ainsi : le préjudice causé par le premier divorce a été réparé par le second mariage, le second mari ayant assumé l'obligation de secours ; dès lors, le préjudice subi par la femme deux fois divorcée, est exclusivement imputable au second mari qui seul, doit être tenu d'une indemnité.

Or, l'exactitude de cette proposition dépend des circonstances et particulièrement, de l'étendue des ressources procurées à la femme par sa nouvelle union. Peut-être le second conjoint ne peut-il pas, en réalité, assurer la vie du ménage. Le remariage n'est donc qu'un événement, susceptible tout au plus, de modifier la situation du créancier, normalement de l'améliorer, mais qui ne saurait libérer automatiquement le débiteur de sa dette. C'est là pure question de fait, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, auxquels il appartient de décider suivant les circonstances, si elle doit ou non être maintenue ou supprimée (8).

(8) Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, II, n° 641. — Aubry et Rau, *op. cit.*, VII, § 480, p. 351. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *op. cit.*, Des Personnes, IV, n° 290. — Coulon, *op.cit.*, V, p. 253.

Ajoutons que la réconciliation des époux divorcés, suivie de leur nouveau mariage, mettrait nécessairement fin au service de la pension. Le devoir de secours de l'art. 212 renaîtrait en effet, sous sa forme normale, ce qui fait dire à Carpentier (9), qu'il y aurait plutôt novation, qu'extinction de l'obligation alimentaire.

*
* *

(9) Carpentier, *op. cit.*, n° 374.

CHAPITRE III

LA RÉCONCILIATION DES ÉPOUX SÉPARÉS DE CORPS

La séparation de corps ne constitue dans notre droit, qu'une situation provisoire, essentiellement temporaire, une sorte d'épreuve destinée à mesurer la profondeur du ressentiment qui divise les époux, et qui n'a pas d'autre issue que la reprise de la vie commune ou la rupture définitive des liens du mariage. Mais ce n'est pas toujours, comme l'a dit Jules Simon, « trois ans de pénitence avec le divorce au bout ». Trop souvent prélude du divorce, la séparation de corps rend néanmoins possible, l'espoir d'une réconciliation. « La loi ne voit dans la séparation de corps, qu'un état temporaire destiné à calmer l'irritation des époux par l'éloignement. Non seulement, elle permet le rétablissement de la vie commune, mais elle l'appelle de ses vœux et le favorise. »

Elle n'exige, en effet, des époux qui veulent se réconcilier, aucune formalité particulière. Il suffit d'un accord de volontés, exprimé sous une forme quelconque, dont la plus simple est la reprise effective de la vie commune, pour faire cesser la séparation de corps. Il est à noter pourtant, que la séparation et les effets qu'elle entraîne, ne peuvent être révoqués que du consentement des deux époux ; la volonté de celui qui l'a obtenue ne suffirait pas. Le jugement qui prononce la séparation constitue un titre obli-

(1) Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, II, n° 688.

gatoire pour les deux parties, et ne peut être annulé que de leur commun accord (art. 1134 et arg. art. 1451).

La réconciliation efface toutes les conséquences de la séparation de corps, relatives à la personne des époux (2). Les obligations qui naissent du mariage sont dès lors rétablies, telles qu'elles existaient avant la séparation. Le devoir de cohabitation reparaît, rendant inutile l'acquittement du devoir de secours, sous forme d'une pension. Le rétablissement de la vie commune lui restitue sa forme normale. L'obligation alimentaire se confond à nouveau avec la contribution de chaque époux aux charges du ménage, le paiement de cette dette se conformant aux principes du régime matrimonial qui règle les intérêts pécuniaires des époux.

Il est bien certain qu'on ne saurait envisager ici, l'hypothèse d'un second mariage, contracté par l'un des conjoints séparés de corps, puisque la séparation maintient les liens qui les unissaient et leur interdit une nouvelle union.

*
* *

(2) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 691. — Vraye et Gode, op. cit., II, n° 844.

CHAPITRE IV

LE DÉCÈS DU CRÉANCIER ET DU DÉBITEUR

SECTION I. — *Intransmissibilité active et transmissibilité passive de la pension après divorce*

Toute prestation d'aliments a pour but d'assurer l'existence de celui qui en bénéficie. Elle disparaît donc à sa mort, faute d'objet. C'est ce qu'exprimait déjà le droit romain : « *Constant enim alimenta cum vita finiri* » (1).

La pension après divorce est comme toute créance alimentaire, essentiellement viagère et personnelle et s'éteint à la mort de l'époux innocent (2). Les partisans de la survie du devoir de secours expliquent cette extinction, par la disparition de ce même devoir au décès du créancier, dans le cas où le mariage n'aurait pas été dissous. Les auteurs qui assimilent la pension de l'art. 301 à une indemnité pure et simple, la justifient par l'inutilité de réparer un préjudice, après la mort de la victime en laquelle il se réalisait.

Elle n'est pas moins aisément explicable, si l'on considère que la pension après divorce remplace le devoir de secours de l'art. 212 destiné à assurer la subsistance, pendant le mariage, de l'époux qui se trouve dans le besoin, et non après sa mort, celle de ses héritiers. Il n'est d'ailleurs pas contesté que si les héritiers sont des enfants com-

(1) Dig. Fr. 8, § 10. De Transactionibus, II, 15.

(2) Carpentier, op. cit., n° 374. — Coulon, op. cit., V, p. 253.
— Aubry et Rau, op. cit., VII, § 480, p. 351.

muns, ils peuvent réclamer des aliments au conjoint survivant, non pas à titre de continuateurs de la personne du défunt, mais en vertu du droit qui leur est reconnu par l'art. 203 C.civ.

Remarquons toutefois, qu'il n'est pas de créance si personnelle au bénéficiaire, qu'elle ne soit point transmissible aux héritiers, une fois échue. Les arrérages d'une pension devant être considérés comme des fruits civils qui, aux termes de l'art. 586 C.civ., s'acquièrent jour par jour, les héritiers du créancier auront le droit de réclamer la partie de la pension échue à la date du décès (3). Et la logique exige, semble-t-il, que le terme même à échoir soit dû jusqu'à ce jour, proportionnellement au montant du terme et au temps écoulé. Il est d'ailleurs possible, qu'ayant fourni des subsides à l'époux innocent, pendant le temps où le débiteur s'est abstenu de payer, les héritiers puissent, pour ce motif, opposer leur action à l'axiome « les aliments ne s'arrangent pas ».

Le sort de la pension, après le décès de l'époux débiteur, n'a pas été résolu avec la même unanimité par les auteurs. Il a suscité des discussions nombreuses, où se sont à nouveau heurtées, les différentes conceptions juridiques de la pension après divorce.

Les auteurs qui la considèrent comme la survie du devoir de secours entre époux, décident qu'elle doit suivre exactement les mêmes règles, c'est-à-dire disparaître définitivement à la mort du débiteur comme du créancier (4).

La notion d'indemnité conduit évidemment à la solution contraire. La victime d'un acte lésif a le droit d'exiger des dommages-intérêts, tant que le préjudice qu'elle a souffert n'a pas été intégralement réparé. Or, l'époux innocent

(3) Coulon, op. cit., V, p. 253. — Carpentier, op. cit., n° 372.

(4) Laurent, op. cit., III, n° 311. — Poule, op. cit., p. 256. — Goirand, op. cit., p. 317. — Carpentier, op. cit., n° 372 — Piédelièvre, Rev. Algér. 1886, p. 164. — Massigli, Revue crit. 1886, p. 22. — Trib. Toulouse, 5 juil. 1886, précité.

a toujours besoin, après comme avant la mort du débiteur, de prestations alimentaires, car cet événement n'est pas susceptible de le replacer dans une situation pécuniaire équivalente à celle qu'il possédait au cours du mariage. Le paiement des dommages-intérêts sous forme d'une pension alimentaire, ne constitue au surplus qu'un « *modus solvendi* » qui, sans modifier la nature de la créance, est destiné à rendre l'indemnité aussi adéquate que possible, au préjudice subi par la victime. Si le législateur n'avait pas été guidé par ce souci d'adaptation, l'époux offensé aurait obtenu un capital, à titre de dommages-intérêts, et il est bien clair que la restitution ne lui en aurait pas été prescrite, à la mort du coupable. Il ne saurait être plus mal traité, parce qu'il a été fait une plus juste application des principes de la responsabilité délictuelle, en ce qui le concerne.

Cette solution trouve un point d'appui solide dans la loi du 9 mars 1891 qui a modifié l'art. 767 C.civ. lequel accorde à l'époux survivant, un droit d'usufruit sur la succession du prédécédé. Non divorcé, l'époux innocent aurait bénéficié de cet usufruit légal, à défaut duquel il eût pu réclamer une pension alimentaire aux héritiers, conformément au nouvel art. 205. Il a donc le droit d'en exiger, jusqu'à son décès, le service de la pension, indemnité destinée à réparer le préjudice que lui cause la perte de l'usufruit successoral (5).

La jurisprudence a constamment affirmé la transmissibilité passive de la pension après divorce (6). Elle fonde

(5) Aubry et Rau, op. cit., VII, § 480, p. 351. — Demolombe, op. cit., n° 375. — Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., II, n° 642. — Colin et Capitant, op. cit., p. 371. — Cf. Planiol, Note D. 1903.1.598. — Huc, op. cit., II, n° 421. — Vraye et Gode, op. cit., II, n° 710 — Curet, tout en défendant le système de l'indemnité, estime cependant que la pension doit s'éteindre au décès du débiteur, parce qu'à partir de ce moment, le préjudice causé par le divorce cesse d'exister, puisqu'il l'aurait aussi bien subi si le mariage avait continué. Ce raisonnement est dénué de toute valeur depuis la loi de 1891.

(6) Cass. 18 juil. 1809, S. 1809.1.402 ; Civ. 12 déc. 1848, précité ; Dijon, 17 août 1860, D. 1861.1.97 ; Cass. 2 avril 1861, précité ; Rouen,

ses décisions les plus anciennes sur des arguments de texte : l'art. 301 n'a prévu lui-même, qu'un seul mode d'extinction, la disparition de l'état de nécessité ; la pension doit donc être servie jusqu'à ce moment précis, sans que la mort du débiteur puisse constituer un cas de suppression spéciale.

L'art. 301 précise en outre, que la pension est allouée « sur les biens du débiteur ». Il entend donc obliger les héritiers au paiement de cette dette, en tant que détenteurs des biens du coupable (7). « Si le législateur a pris soin de dire que la pension portait sur les biens de l'époux coupable, déclare le Tribunal de la Seine (8), c'est précisément parce qu'il a entendu que cette pension constituerait après la mort de ce dernier, une charge de succession et qu'en conséquence, les héritiers recueillant les biens grevés, seraient tenus de continuer à la servir.

Que c'est justement en ce qu'elle grève les biens et devient une charge de succession, que cette pension de l'art. 301, réservée à l'époux malheureux, se différencie de celle accordée en vertu de l'art. 212, laquelle ne dérivant que de la qualité d'époux, ne constitue qu'une obligation purement personnelle et partant, cesse de subsister dès que le décès de l'époux condamné à la servir a mis fin au mariage. »

Mais il faut avouer que les arguments de texte n'ont le plus souvent qu'une bien faible valeur. Invoqués aujourd'hui dans un sens, ils le seront peut-être habilement demain, à l'appui de l'opinion contraire. Ne peut-on pas penser notamment, que l'expression « sur les biens de l'époux coupable » est un simple rappel du principe général, en

30 juil. 1862, D. 1864.2.232 ; Lyon, 4 juin 1892 ; Paris, 16 mai 1893 ; Req. 3 janv. 1893 ; Civ. 10 mars 1903 ; Nancy, 26 juin 1903, précités.

(7) Amiens, 28 mai 1825, D. 1826.2.58 ; Grenoble, 11 juillet 1863, précité.

(8) Trib. Seine, 9 sept. 1886, Gaz. Pal. 15 oct. 1886.

vertu duquel le débiteur d'une obligation en répond sur tous ses biens (art. 2092) (9). Aussi, la Cour de cassation préfère-t-elle aujourd'hui, justifier par le caractère indemnitaire de la pension après divorce, sa transmissibilité passive : « Attendu, lisons-nous dans un arrêt du 10 mars 1903 (10), que si la pension que celui-ci (l'époux coupable) a dû payer de son vivant, lui survit, c'est parce qu'elle a en soi le caractère d'une indemnité, qu'elle est en effet la réparation du préjudice que, par l'oubli de ses devoirs, cet époux a causé à son conjoint, et qu'à ce titre elle constitue une dette de son patrimoine qui, comme ses obligations en général, passe telle quelle à ses héritiers. »

La pension, élément du passif héréditaire, pèse sur tous les héritiers au sens large du mot, à la fois, en leur qualité de continuateurs de la personne du défunt et de successeurs aux biens : héritiers proprement dits, légataires universels ou à titre universel, en fonction de leurs droits successoraux, légataires particuliers enfin, qui supporteront le cas échéant, une réduction de leur legs suivant le principe général « *Nemo liberalis, nisi liberatus* ».

Mais comment l'obligation alimentaire passe-t-elle aux ayants-cause du débiteur ? La doctrine et la jurisprudence décident qu'ils n'en sont tenus, sans distinction, que comme successeurs aux biens et parce qu'elle grève le patrimoine héréditaire, qu'ils peuvent en outre, comme leur auteur, invoquer les dispositions légales et bénéficier des avantages que la loi accorde à l'époux coupable. « C'est la succession qui doit cette rente, ce qui veut dire que la rente est prélevée sur les biens laissés par le défunt, considérés comme distincts des biens de ses héritiers. » (11)

(9) M. Mirat pense qu'il faut entendre par là que si les avantages matrimoniaux de l'époux innocent entrent en compte pour le calcul de la pension, ils doivent être soustraits à son service, et qu'elle sera exclusivement prélevée sur les biens personnels de l'époux coupable. Thèse précitée.

(10) Cass. 10 mars 1903, précité.

(11) Planiol, Note précitée. — Cf. Costes, Note S. 1936.2.201.

La succession étant débitrice de la rente, et non les héritiers personnellement, il en résulte que son montant est proportionné à l'actif successoral, et ne peut être porté, en raison de leur fortune personnelle, à un chiffre supérieur au tiers des revenus du *de cujus*. « S'agissant d'une indemnité, déclare M. Planiol, son montant ne peut pas dépasser l'étendue du préjudice subi ; or le divorce a bien privé l'époux survivant de la jouissance des revenus de son conjoint, mais non de la jouissance des revenus propres aux héritiers de celui-ci, sur lesquels il n'a pu compter. » (12)

Si donc les biens héréditaires ont subi une diminution à la mort de l'époux débiteur, par suite de l'extinction d'un droit viager, tel qu'un usufruit, les héritiers pourront solliciter la réduction de la pension. C'est ainsi qu'a statué l'arrêt précité de la Chambre civile du 10 mars 1903. « Attendu que par l'effet de la saisine, l'héritier est aux lieu et place du défunt, qu'il est en principe obligé de la même manière, pas moins mais pas plus et non autrement ; que dans le cas de l'art. 301, la dette dont l'époux était tenu ne saurait donc avoir plus d'étendue dans la personne de l'héritier que dans la sienne propre ; que comme lui pendant sa vie, l'héritier après son décès peut par conséquent agir en réduction, lorsque la pension alimentaire à laquelle le défunt avait été condamné, excède le tiers des revenus de la succession. »

Ils ne pourraient en revanche, c'est la contre-partie de cette solution, invoquer la diminution de leurs ressources personnelles, pour réclamer la réduction de leur dette.

Indiquons que, conformément à la maxime bien connue « *Res inter alios acta aliis, neque nocere, neque prodesse potest* », l'action en réduction intentée par l'un des héritiers profite au seul demandeur.

Les héritiers possèdent enfin incontestablement, le droit de demander la suppression de cette même rente devenue

(12) Cf. De Loynes, Notes D. 1908.2.298.

inutile si la situation du bénéficiaire s'est améliorée, s'il recueille par exemple, un gain de survie dans la succession du défunt. C'est ce qu'a admis le Tribunal de Lyon, dans un jugement du 6 janvier 1892 (13) : « Attendu que la dame H. recueille par décès de son mari et du jour dudit décès, le gain de survie stipulé à son contrat, lequel est de 3.000 francs. Attendu que cette somme étant exactement égale à la pension alimentaire jugée nécessaire à ses besoins et lui permettant de vivre dans les mêmes conditions que durant le service de la pension alimentaire, celle-ci cesse de lui être indispensable. »

Réciproquement, le créancier a le droit, si ses besoins s'accroissent, de solliciter l'augmentation de la rente, dans la limite du tiers des revenus de l'hérédité (14). Si après le décès, l'obligation alimentaire ne peut plus varier d'après la fortune du débiteur, ce qui se conçoit puisque, par la force même des choses, cette fortune devient immuable, il n'en reste pas moins que les besoins du créancier sont toujours susceptibles de se modifier. L'équité et la logique exigent que ces variations déterminent en sa faveur, le relèvement de la pension, comme elles justifient de la part des héritiers, une demande en réduction ou en suppression.

Enfin, comme toute dette héréditaire, la pension de l'art. 301 se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur (art. 1220 C.civ.). Chacun d'eux s'y trouve obligé, proportionnellement à sa part successorale, abstraction faite de son patrimoine personnel. On cite parfois en sens contraire, un arrêt de la Cour de Nancy du 26 juin 1903 (15) qui aurait pris en considération, les charges de famille différentes des deux héritiers du de cujus, donc leur situation de fortune respective, pour partager inégalement entre eux, le service de la pension alimentaire. Telle n'est pas en réa-

(13) Confirmé par un arrêt de la Cour de Lyon, 4 juin 1892, précité.

(14) Trib. Seine, 30 mars 1928, *Le Temps*, 31 mars 1928.

(15) Nancy, 26 juin 1903, précité.

lité la portée de cet arrêt qui, après avoir réduit la pension, en a au contraire réparti le montant, proportionnellement à la part héréditaire recueillie par chacun des ayants-cause. Si le juge qui statue sur le taux de la rente, ne tient compte que des forces de l'hérédité, il en doit être logiquement de même, lorsqu'il détermine la part de la pension qui incombe à chacun d'eux, en vertu du principe de la division des dettes.

Ajoutons que l'époux innocent qui invoque contre la succession, la dette alimentaire du défunt, se présente au même rang que les autres créanciers. En cas d'acceptation bénéficiaire de la succession, il peut donc, s'il n'y a pas de créancier opposant et s'il réclame le premier son paiement, être désintéressé avant les autres. Il profite enfin contre les héritiers, de toutes les garanties accordées aux créanciers, et notamment de la séparation des patrimoines.

SECTION II. — *Intransmissibilité active et intransmissibilité passive de la pension après séparation de corps*

La pension due par l'un des époux séparés de corps à son conjoint, s'éteint à la mort du créancier, pour les raisons que nous avons indiquées et qui commandent l'intransmissibilité active de toute créance d'aliments, sauf le droit des héritiers qui se trouvent grevés du passif, de réclamer les termes arriérés, pour couvrir les dettes alimentaires du défunt.

Qu'en est-il de la transmissibilité passive aux héritiers du débiteur ? Le problème est plus complexe et a été, relativement à l'obligation alimentaire fondée sur un lien de parenté ou d'alliance, en général, résolu diversement par la doctrine. Les auteurs ne sont en effet d'accord que sur un point, c'est celui de la transmissibilité passive des prestations alimentaires déjà échues, au moment du décès du débiteur et non encore acquittées. Ils sont, au contraire, très divisés, sur la transmissibilité du droit aux aliments lui-

même, c'est-à-dire, l'ensemble indéterminé des prestations futures.

D'une part, en effet, l'objet de l'obligation ne disparaît pas au décès de l'époux coupable. Après, comme avant la mort de son débiteur, le créancier a toujours besoin de secours et cet événement ne doit pas le réduire à la misère. Il semble que l'équité commande d'assurer sa subsistance avant tout, en obligeant ceux qui s'enrichissent de l'actif héréditaire, à continuer le service de la pension.

La dette alimentaire, d'autre part, a sa source dans le lien de parenté ou d'alliance et la solidarité familiale. Elle est pour ainsi dire, attachée à une qualité personnelle que n'a plus l'héritier du débiteur. Or, l'obligation fondée sur un rapport intransmissible, participe du même caractère. Les termes de la loi n'indiquent-ils pas d'ailleurs, en imposant le devoir alimentaire, à certaines personnes limitativement déterminées, que nous sommes en présence d'une obligation exceptionnelle ? Et le caractère strictement individuel de cette obligation ne résulte-t-il pas suffisamment, de ce que la loi a précisé que son étendue serait déterminée, eu égard aux facultés du débiteur ? La difficulté consiste donc à faire cadrer les principes juridiques dont la rigueur n'autorise pas la transmission d'une obligation constituée « *intuitu personae* », avec l'idée d'humanité, exigeant la persistance de la pension alimentaire.

Il nous semble cependant que la vérité juridique conduit à considérer la dette alimentaire fondée sur l'art. 212, comme une obligation purement personnelle, n'existant qu'en considération de la personne et en conséquence, intransmissible. « Attachée à une qualité personnelle, l'obligation alimentaire doit logiquement disparaître avec cette même qualité, ou plus exactement encore, née d'un devoir moral, elle doit s'éteindre avec celui qu'il liait » (16).

(16) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, op. cit. Des Personnes, III, n° 2061. — Cf. Beudant, op.cit., I, Appendice : De la dette alimentaire, p. 509, § 373. — Josserand, Cours de dr. civ. pos. fr., II, n° 668.

Le fondement de la dette alimentaire entre époux est le lien d'alliance ; le besoin du créancier n'est que la condition d'existence de cette dette, condition nécessaire mais non suffisante, pour donner naissance à l'obligation qui est subordonnée à la réunion de ces deux éléments. Fondement et condition d'existence, demeurent à l'état isolé, inopérants. Leur coexistence peut seule, engendrer le devoir de secours de l'art. 212, de telle sorte que si le lien d'alliance disparaît, l'obligation alimentaire et la pension qui la concrétise dans le domaine des faits, s'évanouissent immédiatement. C'est ce que décide expressément l'art. 206 in fine C. civ., relatif au devoir alimentaire entre époux et beaux-parents : « Cette obligation cesse lorsque celui des deux époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. »

Comment, d'autre part, concilier la transmissibilité de la dette, avec le principe de réciprocité qui caractérise le devoir de secours entre époux ? Faudrait-il admettre que si les circonstances le permettent, les héritiers seront en droit de réclamer des aliments au créancier du *de cujus*, ou bien que par le décès du débiteur, l'obligation est devenue unilatérale ? Ces deux solutions sont également inacceptables.

D'ailleurs, l'existence d'un jugement ou d'une convention destinés à constater après la séparation de corps, la réunion des conditions d'obtention de la créance alimentaire légale et à en fixer le montant, ne modifie en rien sa nature. L'obligation demeure légale et conserve tous ses caractères, notamment celui de personnalité. On s'accorde à reconnaître qu'une fixation conventionnelle ou judiciaire serait impuissante à rendre invariable, le montant de la pension allouée en vertu de l'art. 212 C. civ. De même, on ne saurait prétendre que cet acte juridique la rend transmissible, alors qu'il est de son essence de disparaître avec le débiteur. Il s'agit toujours d'un droit exclusivement attaché à la personne, parce que révélant à sa base, un élément primordial, d'ordre essentiellement moral, et même

une fois évaluée, la dette alimentaire ne saurait devenir une charge de nature strictement pécuniaire, assimilable aux autres dettes quelconques qui grèvent le patrimoine.

La doctrine moderne s'est ralliée au principe d'intransmissibilité passive absolue de l'obligation alimentaire fondée sur un lien de parenté ou d'alliance (17). Une jurisprudence constante s'est depuis longtemps fixée en ce sens (18). Le Tribunal de la Seine notamment, par jugement du 3 novembre 1888 (19), a débouté de ses poursuites, un époux séparé de corps qui prétendait obtenir de l'héritier réservataire et du légataire universel de sa femme décédée, le paiement de la pension que celle-ci avait été condamnée à lui servir. « Attendu déclare-t-il, que ladite pension a été allouée à C. eu égard à sa santé, et à la fortune de son épouse, en vertu de l'art. 212 C. civ. *Attendu que les pensions alimentaires entre époux, fondées sur ledit article, sont une charge personnelle de l'époux débiteur et que cette charge ne passe pas à ses héritiers.* Attendu que C. allègue, sans fournir la preuve, que ladite pension lui aurait été accordée en réparation d'un préjudice à lui causé par feu son épouse... »

Il faut certainement voir dans ces décisions, l'un des principaux motifs qui ont guidé parallèlement les tribunaux, dans l'extension au profit de l'époux innocent, de l'art. 301 à la séparation de corps. L'époux qui obtient le divorce conserve, avons-nous dit, en raison du fondement indemnitaire de ce texte, la faculté d'invoquer sa créance

(17) Laurent, op.cit., III, n° 48. — Huc, op.cit., II, n° 221. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, loc. cit. — Planiol, Ripert et Rouast, op.cit., II, n° 49. — Colin et Capitant, op.cit., p. 381, sauf Aubry et Rau, op.cit., IX, § 553, texte et notero.

(18) Civ. 8 juil. 1857, S. 1857.1.809 ; Dijon, 17 août 1860, précité ; Toulouse, 20 mars 1866, D. 1866.2.235 ; Montpellier, 13 mai 1866, S. 1866.2.364 ; Besançon, 8 juil. 1879, D. 1880.2.142 ; Cass. 27 nov. 1893, S. 1894.1.464 ; 27 nov. 1917, S. 1920.1.338 et 30 mars 1925, Gaz. Pal. 1925.2.190 ; Caen, 7 janv. 1924, Rec. Caen 1924.16 ; Limoges, 17 déc. 1935, S. 1936.2.201 (sol. impl.). Note Maurice Costes.

(19) Trib. Seine, 3 nov. 1888, Gaz. Pal. 6 févr. 1889.

alimentaire contre les héritiers de son ex-conjoint. L'époux bénéficiaire de la séparation y trouvera également l'avantage incontestable, de voir se perpétuer une prestation d'aliments qui devait normalement s'éteindre, au décès du coupable.

La question du sort de la pension alimentaire, en cas de prédécès du débiteur, s'est en effet toujours présentée en justice, dans des espèces où le créancier était l'époux bénéficiaire de la séparation de corps. Après controverse, un arrêt solennel de la Cour de cassation, en date du 2 avril 1861 (20), l'a tranchée, en décidant que le service de la pension devait être continué par les héritiers du débiteur, jusqu'à la mort du créancier :

« Attendu qu'on objecte vainement que le lien du mariage n'étant pas rompu par la séparation, l'obligation pour les époux de se fournir des aliments existe pour tous deux pendant la durée du mariage, quels qu'aient pu être les torts de l'un d'eux, et que cette obligation fondée sur l'art. 212 C.Nap. est essentiellement personnelle ; qu'elle dérive de la qualité d'époux et qu'elle ne saurait par conséquent subsister après que le décès de l'un des époux a mis fin au mariage. Attendu que l'obligation de l'art. 212 au cas qu'il prévoit, ne met nul obstacle à ce que l'art. 301 ne soit appliqué aux cas pour lesquels il a spécialement disposé et que cet art. 301 peut recevoir son entier effet sans que la complète exécution de l'art. 212 ait à en souffrir. » Et il casse pour violation de l'art. 301, l'arrêt de la Cour de Caen qui avait décidé que la pension s'éteindrait au décès du débiteur. Puis la Cour de Grenoble (21) a jugé de même, affirmant que « *Si le droit à une pension alimentaire fondée sur les principes de l'art. 212 C.nap. et accordé à l'un des époux au cas de séparation de corps, constitue une obligation personnelle limitée à la vie de celui des conjoints*

(20) Cass 2 avril 1861, précité, et sur renvoi Rouen 30 juil. 1862 D. 1864.2.238.

(21) Grenoble, 11 juil. 1863, précité.

condamné à servir cette pension, il ne saurait en être de même du droit à indemnité, accordé par l'art. 301 à celui des époux qui a obtenu la séparation; cette indemnité qui doit jusqu'à un certain point tenir lieu à l'époux malheureux des avantages de fortune et de position que lui assurait le mariage, et qui tend à réparer le préjudice qu'il souffre de la séparation, portant sur les biens mêmes de son conjoint, constitue à la mort de ce dernier, une charge de sa succession, supportable par ses héritiers. »

Nous avons indiqué les critiques unanimes qu'a suscitées, l'extension d'un texte édicté pour le divorce, à une institution juridique essentiellement différente. Nous pensons donc que la pension alimentaire accordée à l'époux qui obtient la séparation de corps, ne continue à grever la succession du conjoint coupable que si elle est fondée sur l'art. 301, mais que sa nature juridique et les véritables principes qui la gouvernent, imposent une solution diamétralement opposée (22). Inhérente à la personne, cette obligation disparaît nécessairement avec le lien d'alliance qui l'a fait naître et qui en justifie l'existence : elle doit s'éteindre à la mort du débiteur comme elle cesse à la mort du créancier. Et la preuve en est qu'il a fallu qu'un texte législatif spécial, la loi du 9 mars 1891, vint accorder à l'époux survivant que l'usufruit successoral ne suffit pas à faire vivre (art. 767), un droit alimentaire sur la succession du prédécédé. Il s'agit, en définitive, d'une nouvelle créance, réglementée par une autre disposition du Code civil, l'art. 205, et destinée à remplacer celle que lui assurait pendant la durée du mariage seulement, l'art. 212.

Il ne faut d'ailleurs pas oublier, que l'époux innocent n'encourt après la séparation de corps, aucune déchéance pécuniaire et conserve ses droits dans la succession de son conjoint, si toutefois ce dernier n'a pas disposé autrement de ses biens. L'époux coupable est frappé, au contraire, à

(22) V. en ce sens Vraye et Gode, op. cit., II, n° 817.

l'égard de son conjoint innocent, de la perte de ses droits successoraux (art. 767 C.civ.). Il pourrait cependant, s'il se trouvait dans le besoin, réclamer aux héritiers du défunt, une pension alimentaire, en vertu de l'art. 205 C. civ. (23).

Indiquons en terminant, qu'il n'est plus discuté aujourd'hui, que la faillite du débiteur laisse subsister la pension alimentaire fondée soit sur l'art. 301, soit sur l'art. 212 (24), et que leur bénéficiaire peut produire au même titre que les autres créanciers, sous réserve du droit qui appartient au syndic, de demander la réduction ou la suppression de cette créance, en cas de cessation des besoins de la femme ou d'impossibilité pour le failli de s'acquitter. Il n'existe sur ce point, dans les solutions consacrées par la jurisprudence, tant en matière de divorce que de séparation de corps, aucune différence susceptible de nous intéresser.

*
* *

(23) Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, *op.cit.*, IV, n° 147.

(24) Civ. 21 oct. 1902, S. 1903.1.113. Note Lyon-Caen ; Orléans, 23 juil. 1903, D. 1905.2.281, Note Levillain.

APPENDICE

NOTIONS DE DROIT COMPARÉ

Il n'est pas rare de rencontrer dans les ouvrages de droit comparé, cette remarque qu'il est à peu près impossible de présenter un tableau d'ensemble des législations des différents pays du monde, en ce qui concerne le divorce et la séparation de corps et qu'il n'y en a peut-être pas deux, qui les aient compris et réglementés d'une manière identique. Cela tient à ce que le divorce et la séparation de corps sont des institutions sociales, étroitement liées aux mœurs et aux diverses conceptions du mariage qui ont tour à tour prévalu, comme nous le remarquons au début de cette étude.

Si leur effet principal, la dissolution du mariage du vivant des deux époux, d'une part, le relâchement du lien conjugal, d'autre part, est toujours le même, leur esprit diffère, leurs effets secondaires varient à l'infini et la réglementation du devoir alimentaire entre époux divorcés et séparés de corps, n'échappe à ce défaut d'unité. L'étude que nous avons faite sur le point des diverses législations qui admettent à la fois le divorce et la séparation de corps, nous a cependant permis d'y relever une tendance générale. Les Codes étrangers, comme il apparaîtra dans les quelques notions qui vont suivre, négligent presque à l'unanimité, d'établir entre l'obligation alimentaire après divorce et la même obligation après séparation de corps, les différences qu'implique la nature juridique essentiellement opposée de ces deux institutions.

C'est ainsi qu'en Allemagne, dans l'ancienne Autriche, en Hongrie, en Angleterre, en Ecosse, aux Etats-Unis et aux Pays-Bas, il existe une identité parfaite, au point de

vue qui nous occupe, entre la situation de l'époux divorcé et celle de l'époux séparé de corps. Tantôt, la loi déclare expressément applicables à la séparation de corps, les dispositions relatives au divorce, tantôt, la pratique jurisprudentielle s'autorise de son silence, pour réaliser la même extension. La législation monégasque elle-même, dont l'ordonnance souveraine du 3 juillet 1907, relative au divorce et à la séparation de corps, reproduit parfois littéralement nos textes législatifs, procède du même esprit de simplification.

Cette identité presque absolue qui n'existe pas en droit français, tient à ce que la séparation de corps apparaît le plus souvent à l'étranger, comme une institution à caractère secondaire et exceptionnel, que pour ce motif le législateur n'a pas cru devoir favoriser, les époux désunis préférant, en général, le divorce. Il en résulte que dans l'un et l'autre cas, le conjoint innocent (parfois uniquement la femme innocente) a seul le droit de prétendre à une pension alimentaire, et que par suite, la séparation de corps fait disparaître, malgré la persistance des liens du mariage, le caractère de réciprocité du devoir de secours entre époux. La distinction n'apparaît nettement que dans les pays qui tels, la Belgique et de Grand-Duché de Luxembourg, sont soumis au Code civil français de 1804.

ALLEMAGNE. — Avant le xii^e siècle, l'Allemagne ne connaissait que la séparation de corps, caractérisée, en droit canonique, par le brocard « *separatio a thoro et mensa* » que la langue allemande a traduite par la non moins caractéristique « *Trennung von Tisch und Bett* (1). » Mais sous l'influence du protestantisme qui recruta de fervents adeptes dans nombre de pays, le divorce devint en

(1) Le mot *Trennung* désignait le divorce dans l'ancienne Autriche (art. 115 C. civ.) et s'emploie pour la séparation de corps en Allemagne, tandis que le mot *Scheidung* s'employait pour la séparation de corps en Autriche et désigne le divorce en Allemagne (art. 1564, C. civ.).

Allemagne une cause de dissolution du mariage. Le nouveau Code civil allemand (1^{er} janvier 1900) admet à la fois ces deux institutions. Notons toutefois que la séparation de corps ou suppression de la communauté de vie domestique (*Aufhebung der Ehehichen Gemeinschaft*, art. 1575, 1576, 1586, 1587), n'exige que dans l'hypothèse où les deux époux sont d'accord, pour la préférer au divorce. D'autre part, sauf la rupture même du lien conjugal, les effets juridiques de ces deux institutions sont analogues, notamment en ce qui concerne l'obligation alimentaire, minutieusement réglementée dans les art. 1578 à 1583.

Aux termes de l'art. 1578, le mari déclaré seul coupable, est obligé de pourvoir convenablement (*standes-mässig*) à l'entretien de la femme divorcée ou séparée, dans la mesure où elle ne peut y subvenir avec les revenus de son patrimoine et le produit de son travail, lorsque dans la classe sociale à laquelle appartiennent les époux, il est d'usage que la femme se livre à un emploi lucratif.

La femme, jugée seule coupable, doit également assurer la subsistance de son mari, mais seulement dans le cas où il est hors d'état de gagner sa vie et ne possède pas de biens suffisants. L'époux coupable est donc seul obligé au paiement d'une pension alimentaire. Si les torts sont partagés, l'obligation d'entretien cesse.

Il est toutefois un cas, où pour des raisons d'humanité, le conjoint innocent reste soumis au devoir alimentaire ; c'est lorsque le divorce a été prononcé pour aliénation mentale de l'un des époux ; l'autre doit alors l'assister dans le besoin, de la même façon qu'un conjoint déclaré seul coupable (art. 1583).

L'entretien de la femme innocente doit être conforme à sa condition et il convient à cet effet, d'évaluer l'importance des revenus des époux. La doctrine et une jurisprudence constante veulent qu'on ne tienne pas compte de leur situation pendant les premiers temps du mariage, ni a fortiori, de celle de la femme avant le mariage, mais que l'on se place à l'époque de la demande en divorce. Si la situa-

tion du mari s'améliore par la suite, si ses revenus ou son salaire augmentent, la femme ne pourrait donc pas prétendre au relèvement de la pension. La rigueur de ce principe comporte toutefois une atténuation, car il est d'usage de comprendre dans la fortune du mari, à l'époque du divorce, ses ressources futures, en tant qu'elles sont prévisibles et certaines. C'est ainsi qu'il a été jugé, qu'un fonctionnaire qui peut compter sur une élévation du taux de son traitement, est dans une situation économique meilleure que celui qui touche un salaire égal, sans posséder la certitude d'une augmentation (2).

Le droit allemand distingue en outre, entre le besoin du mari et celui de la femme. Il y a besoin pour la femme, lorsque les revenus de son patrimoine propre ne suffisent pas à lui assurer une existence conforme à sa condition et que d'autre part, la situation sociale des époux ne permet pas qu'on exige d'elle un travail (3). Il y a besoin pour le mari, lorsqu'il est hors d'état de gagner sa vie et n'a pas de biens (art. 1578 al. 2). S'il possède un capital, il doit l'entamer, tandis que la femme, dans le même cas, n'y est pas obligée. Quand on peut exiger de la femme, qu'elle se livre à un emploi lucratif, il y a lieu de déduire les revenus qu'elle se procure ainsi, de la somme que doit lui verser son mari, alors même qu'il pourrait subvenir à son entretien intégral. Telle est la règle générale, voyons maintenant l'exception.

La dette d'entretien est restreinte, lorsque l'époux débiteur se trouve, en tenant compte de ses autres obliga-

(2) Entscheidungen des Reichsgerichts, 12 janv. 1911, IV, 721/09.

(3) C'est également à l'époque du divorce qu'il faut envisager cette situation. Il a été jugé qu'un travail lucratif pouvait être exigé d'une chanteuse d'opéra qui avait épousé un ténor et continué à exercer son art pendant le mariage (R.G. Warn. 1913, n° 371 ; 1917, n° 213). Il a été décidé au contraire, que la femme d'un cultivateur, bien qu'elle eût pris part avec son mari aux travaux de la campagne, ne pouvait pas être obligée à accepter après le divorce, une place de fille de ferme (R.G. Warn. 1913, n° 372).

tions, hors d'état de l'acquitter, sans compromettre son propre entretien conforme à sa condition. Il peut alors retenir les deux tiers de ses revenus, ou si ces deux tiers ne suffisent pas, la somme nécessaire. Si l'époux doit assurer l'entretien d'un enfant mineur non encore marié, ou à la suite de son remariage, celui d'un nouvel époux, son obligation envers le conjoint divorcé se restreint à ce que comporte l'équité, eu égard tant aux besoins, qu'aux facultés patrimoniales et moyens d'enrichissement des intéressés (art. 1579 al. 1). Lorsque l'époux qui se trouve dans ces conditions, est le mari, il est entièrement affranchi de son devoir vis-à-vis de la femme, si celle-ci peut pourvoir à sa subsistance, avec le capital de ses biens (art. 1579, al. 2). Il convient d'envisager pour ce cas d'obligation restreinte, non pas ce que gagne en fait l'époux débiteur, mais ce qu'il pourrait gagner en employant toutes ses forces (*bei Auspannung seiner Kräfte*) car il a le devoir d'utiliser ses capacités et de faire fructifier sa fortune (4). Lorsque la dette du mari se restreint à ce que comporte l'équité, les tribunaux décident suivant les circonstances, s'il y a lieu ou non d'imposer à la femme, une obligation plus étendue en ce qui concerne son travail personnel, que ne le comporte la règle de l'art. 1578 (5).

Enfin, si l'on prend l'art. 1579 al. 2 à la lettre, il semblerait que l'obligation du mari dût disparaître complètement, au cas où la femme possède un capital. Mais la jurisprudence refuse de considérer isolément l'al. 2, et l'interprète à la lumière de l'al. 1^{er}, dont les dispositions sont subordonnées à ce que comporte l'équité. Elle décide, en conséquence, que la femme qui obtient le divorce, ne saurait être contrainte à utiliser ses biens, d'une manière que

(4) R.G. 14 janv. 1907, IV, 277/06.

(5) Il a été ainsi jugé dans une espèce où la femme avait été placée comme femme de chambre avant son mariage. Pendant le mariage, elle s'était livrée sans aide aux soins du ménage, et depuis le divorce aidait à tenir la maison de ses parents qui, en échange, lui fournissaient l'entretien. R.G. 20 déc. 1920, IV, 399/20.

réprouverait une saine économie (6) (in jeder noch so unwirtschaftlicher Weise). De telle sorte que l'alinéa s'appliquera littéralement, aux seuls cas où le capital est assez élevé, pour qu'on puisse raisonnablement supposer, d'après le cours ordinaire des événements, qu'il suffira à l'entretien de la femme pendant toute sa vie. La distinction n'a d'ailleurs rien d'absolu, et lorsque l'emploi du capital suivant les règles d'une bonne administration ne suffira pas, il ne s'ensuivra pas forcément que le mari ait à combler le déficit. Il faudra de nouveau se reporter à l'al. 1^{er} et se demander, si l'équité n'exige pas précisément, qu'il soit fait du capital de la femme, un emploi même contraire aux principes d'une saine économie.

L'obligation d'entretien s'acquitte sous la forme d'une rente, mais pour des motifs graves, l'époux créancier pourrait exiger le versement d'un capital (art. 1580). Elle s'éteint par le convol (art. 1581) ou le décès de l'ayant-droit (art. 1582) mais cette disposition n'a pas un caractère d'ordre public, et une convention contraire est toujours possible (7).

Ajoutons, que conformément à l'art. 2 de la loi allemande du 13 mars 1938 qui a proclamé l'Anschluss de l'Autriche à l'Allemagne (8), une loi du 6 juillet 1938, sur l'unification du droit de mariage et de divorce en Autriche et dans l'ancien Reich, a été publiée par le Journal Officiel (R.G.B.L. I, 807). Elle a été complétée par l'ordonnance du 27 juillet 1938. Cette loi introduit le divorce en

(6) Par exemple, en vendant des valeurs à un cours très déprécié, R.G. 11 déc. 1919, IV, 451/19.

(7) R.G. Warn. 1920, n° 1114.

(8) Cet art. 2 est ainsi conçu : « Le droit actuellement en vigueur en Autriche reste applicable jusqu'à nouvel ordre. Le droit du Reich sera introduit en Autriche par le Führer-Chancelier du Reich ou par un ministre du Reich habilité par lui à cet effet. » L'introduction en Autriche des lois et des ordonnances qui sont en vigueur dans l'ancien Reich se poursuit rapidement. — V. Revue de droit international 1938, tome XXI, p. 570 et s. ; tome XXII, p. 253 et s.

Autriche, car l'ancienne loi autrichienne interdisait en vertu d'un concordat avec le Saint-Siège, sinon la séparation de corps, du moins le divorce des conjoints catholiques, restriction qui n'est pas reconnue par la loi nazie. Dès que celle-ci fut étendue au territoire autrichien, de nombreux catholiques qui vivaient sous le régime de la séparation, présentèrent leur demande en divorce, et les journaux annoncent qu'en trois semaines, plus de dix mille demandes ont été enregistrées.

HONGRIE. — Les art. 90 à 93 de la loi hongroise xxxi de 1894, relatifs à la pension alimentaire entre époux divorcés, ont été étendus à la séparation de corps. La femme innocente, divorcée ou séparée de corps, dont les revenus personnels sont insuffisants pour pourvoir à son entretien, peut prétendre à une pension alimentaire, en rapport avec sa position sociale et la fortune personnelle de son mari. La pension doit être servie en argent et par termes mensuels, et sur la demande de la femme, le débiteur peut être astreint à fournir des garanties (art. 90).

La femme coupable n'a droit à aucun secours, et le mari, innocent ou coupable, ne peut jamais en exiger de son épouse (art. 91).

La pension alimentaire n'est pas invariable ; elle est, au contraire, sujette à des fluctuations et son taux peut être augmenté 1° lorsque la situation pécuniaire du mari n'a pas permis tout d'abord de fixer un chiffre suffisant et s'est améliorée par la suite, 2° lorsqu'on a tenu compte des revenus de la femme que plus tard, elle a perdus sans sa faute (art. 91). Les époux peuvent d'ailleurs s'entendre à l'amiable, sur la question d'entretien, et la femme peut renoncer à son droit. Les héritiers du mari lui succèdent dans cette charge, mais ils sont libres de demander qu'elle soit limitée à l'actif net de la succession (art. 92). L'obligation du mari s'éteint, si la femme se remarie (art. 93).

BELGIQUE. — Les dispositions primitives du Code civil

français, relatives au divorce et à la séparation de corps, sont demeurées en vigueur en Belgique (9), à l'exception peut-être de l'art. 232 que l'on considère généralement comme abrogé (10). Il suffit donc de s'y reporter, pour connaître les effets produits par ces deux institutions sur le devoir alimentaire entre époux.

ANGLETERRE. — Une loi du 28 août 1857 concernant l'Angleterre et le Pays de Galles, à l'exclusion de l'Irlande et de l'Ecosse, admet parallèlement le divorce et la séparation de corps.

En droit anglais, la pension alimentaire prend le nom de *permanent alimony* pour la séparation de corps, et de *maintenance* pour le divorce. En ce qui concerne la pension alimentaire après séparation de corps, la Cour suprême de justice se trouve, comme pour toute cette matière, liée par la pratique des tribunaux ecclésiastiques dont elle a recueilli les attributions. La pension accordée à la femme est d'un tiers ou même de la moitié des revenus communs (*joint incomes*), (§§ 24, 32; St. 29 Vict. c. 32) et la Cour refuse, en général, de tenir compte de circonstances exceptionnelles invoquées par le mari (11). Mais il est de jurisprudence qu'on peut allouer, même à la femme coupable, si elle est dans le besoin, soit un capital exigible en un seul versement, soit une pension alimentaire dont la Cour détermine librement le taux (12). A plus forte raison, une

(9) Lorsque la Belgique a été réunie à la France en 1795, la législation française dont notre Code de 1804, y a été introduite et y est restée en vigueur après la séparation de ces deux pays en 1814.

(10) L'art. 7 C. pénal ne reconnaissant plus de « peines infamantes », un divorce ne peut plus être motivé par la condamnation à l'une de ces peines.

(11) Par exemple, le fait que la femme qui était d'une condition sociale inférieure à celle de son mari, s'était contentée jusqu'à la date de la demande, d'un train de vie modeste et disproportionné aux ressources du ménage. *Dear c/id Law Reports Probate, Divorce and Admiralty*, 172.

(12) *Prichard c/id et Godden c/id* cités dans *Leslie c/id* 1911. P. 203.

femme dénuée de ressources, qui n'a commis aucune faute conjugale et qui a obtenu la séparation, se verra-t-elle accorder une pension alimentaire, bien que les agissements frauduleux dont elle s'est rendue coupable, aient motivé sa condamnation aux travaux forcés, et causé le plus grave préjudice à son mari (13).

Lorsque la femme a obtenu un jugement de restitution de droits conjugaux, et que la séparation de corps est ensuite prononcée, parce que le mari ne réintègre pas le domicile conjugal, elle doit choisir entre la permanent alimony qui lui est allouée par le jugement de séparation, et les sommes périodiques que la Cour lui attribuait, en raison de la désobéissance du mari à l'ordre de réintégrer (14). La Cour conserve la faculté d'augmenter, diminuer ou supprimer ces diverses sommes, en cas d'augmentation ou de diminution des ressources du mari (15).

Dans le cas de divorce, la Cour a la faculté d'ordonner que le mari versera à la femme, telle somme globale ou telle somme annuelle qu'elle jugera raisonnable, eu égard à la fortune de la femme, aux ressources du mari et à la conduite des parties. Un acte sera rédigé et la Cour pourra suspendre le prononcé du jugement jusqu'à la signature dudit acte (16). Elle peut, si elle le juge convenable, condamner le mari (en outre ou à la place) à payer à la femme, par semaine ou par mois, tant que tous deux vivront, telle somme qui lui paraîtra équitable pour assurer son entretien (17).

En général, la maintenance accordée après divorce, à la femme innocente, est d'environ un tiers des revenus communs (18), mais si la fortune du mari est considéra-

(13) Leslie c/id précité.

(14) Leslie c/id, 1908, P. 99.

(15) Jenks, Digeste de C. civ. angl. art. 1892.

(16) M. C. Act. 1907, S. 1.

(17) M. C. Act. 1907, S. 2.

(18) Naish c/id 1916, 32, T.L.R. 487 ; Gardiner c/id 1920, 36, T.L.R. 294 ; Dayrell-Steyning c/id 1922, P. 280.

ble, cette proportion peut être trop élevée, et la Cour statue suivant les circonstances (19). Elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser la pension, et peut même ordonner, comme en matière de séparation de corps, le paiement d'une pension alimentaire à une femme coupable (20). Lorsque le jugement est rendu au profit de la femme, il n'est guère d'usage aujourd'hui, d'insérer dans l'ordonnance, la clause « *dum sola et casta vixerit* », mais si cette clause n'a pas été prévue, l'ordonnance ne peut pas être modifiée sur la demande du mari, alléguant que la conduite de la femme est devenue mauvaise (21). La clause « *dum sola vixerit* » est fréquemment insérée seule. Les causes permettant de modifier l'ordonnance, sont l'augmentation ou la diminution des ressources du mari, car l'augmentation des ressources de la femme ne semble pas être prise en considération par la loi (22).

ÉCOSSE. — La loi écossaise admet le divorce, dont les effets sont analogues à ceux du divorce anglais, et la séparation de corps, soit judiciaire, soit volontaire.

Toute femme qui obtient une séparation judiciaire, est en droit de réclamer une pension alimentaire, mais les tribunaux sont libres dans la plus large mesure d'apprécier sa demande, d'y faire droit, de la restreindre ou même de la repousser (23).

Quant à la séparation de corps par consentement mutuel, elle demeure toujours révocable au gré des parties, et les tribunaux ne peuvent intervenir, pour suppléer aux lacunes ou à l'insuffisance des arrangements conclus par elles-mêmes, en matière d'aliments.

(19) *Hulton c/id* 1916, P. 57.

(20) *Ashcroft c/id* et *Roberts* 1902, A. G.P. 270.

(21) *Collins c/id*, 1910, 103, L.T.R. 80.

(22) *Sharpe c/id*, 1908, P. 20 ; *Contra Hull, c/id*, C.A. 1915, P. 105.

(23) *Bell, Principles of the law of Scotland*, n° 1540 à 1545, cité par *Lehr*.

ÉTATS-UNIS. — Les principes qui gouvernent la pension alimentaire (alimony), dans la jurisprudence américaine, sont les mêmes, qu'il s'agisse de séparation de corps ou de divorce. Cependant, en cas de séparation de corps, les mesures ordonnées sont toujours provisoires et peuvent être modifiées par la Cour, si les circonstances l'exigent. Au contraire, en cas de divorce, la modification de l'ordonnance fixant la pension, n'est possible qu'en cas de disposition expresse, à cet effet, de la loi locale, disposition que l'on rencontre dans la législation de quelques Etats, ou bien lorsque la Cour, dans l'ordonnance, s'est spécialement réservé ce droit (24).

D'une manière générale, la pension alimentaire n'est accordée qu'à la femme innocente, et il ne peut être fait échec à cette règle, qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi locale. Le montant de la pension n'est pas déterminé comme en Angleterre, d'après une règle fixe. Les juges prennent en considération :

1° Les circonstances communes aux deux parties, telles que la condition sociale des époux

2° Les circonstances particulières au mari, telles que le montant de ses revenus et son degré de culpabilité. La pension alimentaire pourra ainsi revêtir un caractère de dommages-intérêts compensatoires. Plus les torts auront été grands, plus les sommes allouées devront être élevées (25)

3° Les circonstances particulières à la femme, besoins et fortune personnelle.

La règle générale veut que l'on n'accorde pas de pension, à la femme qui possède des revenus suffisants pour subvenir à ses besoins. Toutefois, le droit de certains Etats

(24) C.J. Vol. XIX, Div. § 616.

(25) C.J. vol. XIX, Div. § 594.

consacre une solution différente. Ainsi dans le Missouri, la femme a toujours droit à une pension ; ce droit se justifie par le principe de l'obligation légale imposée au mari, d'assurer la subsistance de la femme, obligation dont sa conduite coupable ne saurait l'exonérer (26). A défaut d'une disposition légale exceptionnelle de ce genre, le juge doit se demander si les revenus personnels de la femme suffisent à lui assurer un entretien conforme à sa condition, et il appartient au mari de combler entièrement le déficit. Toutefois, si l'insuffisance de ses revenus ne lui permet pas de verser la différence entière, la pension sera fixée en tenant compte, à la fois, du besoin de la femme et de la capacité de paiement du mari. Lorsque les époux travaillaient habituellement tous les deux, pendant le mariage, pour se procurer des ressources, la pension ne doit pas être si élevée, que la femme soit dispensée de faire quoi que ce soit pour son entretien (Cf la règle semblable du droit allemand).

Lorsqu'en cas de séparation de corps, la pension est sujette à revision, la Cour prend en considération l'augmentation ou la diminution des ressources du mari, les dépenses exceptionnelles qu'une maladie a pu lui occasionner, l'augmentation des besoins de la femme, etc.

Enfin, la forme, rente ou capital, sous laquelle s'acquittera l'obligation d'entretien, dépend de la loi de chaque Etat particulier.

LUXEMBOURG. — Le Grand-Duché de Luxembourg est régi, en ce qui concerne le divorce et la séparation de corps, par les dispositions du Code civil français de 1804. Nous renvoyons donc, comme pour la Belgique, à la législation française.

(26) C. J. vol. XIX, Div. § 600.

PRINCIPAUTÉ DE MONACO. — C'est par une ordonnance du 3 juillet 1907, qu'a été réglée la question du divorce et de la séparation de corps.

Relativement à l'obligation alimentaire entre époux divorcés, l'art. 27 ch. 3 titre I^{er} de la loi, contient une disposition empruntée littéralement à notre art. 301. Lorsque le divorce est prononcé pour cause de maladie mentale de l'un des époux, le tribunal détermine de quelle manière il sera pourvu par l'autre, à l'entretien du malade (art. 28).

L'art. 34 titre II qui traite de la séparation de corps, déclare applicable aux époux séparés, l'art. 27 relatif au divorce.

PAYS-BAS. — Les mêmes principes régissent dans le Code néerlandais, l'obligation alimentaire entre époux divorcés et séparés de corps.

Les art. 280 à 282 édictés pour le divorce et applicables à la séparation de corps (art. 301), décident que si l'époux innocent n'a pas de revenus suffisants pour assurer sa subsistance, le tribunal peut obliger l'autre, à lui servir une pension alimentaire, proportionnée aux ressources du débiteur (art. 280, 281) et réductible si sa fortune vient à diminuer notablement. Le droit aux aliments n'est donc pas réciproque, même en cas de séparation de corps. Le décès de l'un quelconque des époux éteint cette pension (art. 282).

CONCLUSION

Les différences que nous avons relevées au cours de cette étude, entre l'obligation alimentaire après divorce et l'obligation alimentaire après séparation de corps, nous ont permis de constater qu'elles résultaient des fondements juridiques, que la doctrine et la jurisprudence attachent respectivement à ces deux dettes alimentaires.

Le fondement indemnitaire de la pension après divorce, édictée par l'art. 301 C. civ., ressort nettement de ce qu'elle est destinée à réparer le préjudice que fait subir à l'époux innocent, la dissolution anticipée de l'union conjugale, et parce que ce préjudice consiste en la privation d'un droit aux aliments, une juste application des principes de la responsabilité délictuelle, exige que cette même pension revête une forme alimentaire. Tels sont effectivement les deux caractères juridiques, que les auteurs et les tribunaux ont synthétisés dans une notion mixte, qui apparaît comme la seule satisfaisante pour l'esprit et la seule qui fasse une juste appréciation des faits. Il nous est apparu, par contre, que toute idée d'indemnité devait être exclue de la pension que se doivent réciproquement les époux séparés de corps, puisqu'entre eux subsistent les liens du mariage, et qu'elle ne constituait que la manifestation du devoir de secours de l'art. 212, ce qui rend rationnellement impossible, en l'espèce, l'application de l'art. 301.

Et s'il nous faut maintenant apprécier les différences qui ont fait l'objet de cette étude, nous résumerons tout d'abord comme suit, et telle qu'elle nous est apparue, l'attitude des Cours et tribunaux, à l'égard de l'obligation alimentaire après divorce.

S'agit-il de reconnaître le droit à la pension ? La jurisprudence pose alors comme condition, l'existence du besoin du créancier, en quoi elle suit la théorie alimentaire. S'agit-il de la date à laquelle doit se manifester le besoin ? Elle décide constamment qu'il doit exister au moment même du divorce, sous-entendant ainsi que la pension de l'art. 301 a le caractère d'une indemnité, et ne peut réparer un préjudice postérieur à la rupture du mariage. S'agit-il ensuite d'en fixer le montant ? On voit la jurisprudence se rallier à la théorie alimentaire et admettre que la pension est susceptible d'être augmentée, réduite ou supprimée, mais reconnaître toutefois que son fondement indemnitaire permet aux parties d'en déterminer à l'amiable, le quantum. C'est encore au caractère alimentaire de la pension qu'elle se réfère, pour lui assurer le bénéfice des garanties qui protègent les créances d'aliments, mais c'est la théorie indemnitaire qu'elle invoque à nouveau, pour accorder au bénéficiaire, le droit d'y renoncer et en imposer la charge aux héritiers du débiteur. Elle tend toutefois à admettre, que le remariage de l'époux innocent emporte disparition de sa créance, et c'est au vu de ces solutions mixtes, que la notion d'indemnité alimentaire, nous a seule paru susceptible, de concilier les sympathies opposées de la jurisprudence.

Mais si cette théorie a le mérite incontestable d'avoir jeté une lumière nouvelle sur la nature de la dette alimentaire après divorce, encore faut-il savoir profiter des apports de l'expérience, pour en extraire des résultats pratiques satisfaisants. C'est la tâche qui incombe à la jurisprudence à l'épreuve des cas particuliers, et il ne nous semble pas qu'elle l'ait jusqu'à présent toujours menée à bien. Ici comme en beaucoup de choses, tout dépend d'un choix judiciaire, or les tribunaux ont trop souvent et à tort, sacrifié l'objet principalement alimentaire de l'art. 301, à sa qualité d'indemnité. Il était salulaire, l'équité l'exigeait, de restituer à la créance de l'époux offensé, sa valeur d'aliments, mais il est non moins indispensable de rompre avec l'ancienne con-

ception indemnitaire, dans la mesure où celle-ci contrarie le but que l'on assigne aujourd'hui à la pension après divorce.

Il nous paraît, en définitive, que l'origine indemnitaire de l'art. 301, doit conduire aux seules solutions suivantes, déjà admises d'ailleurs par la jurisprudence : réserver à l'époux innocent le droit de réclamer une pension, et obliger les héritiers de son ex-conjoint à s'acquitter de cette dette, après la mort de leur auteur.

La destination et la forme alimentaire du droit qu'il consacre, doivent, par contre, conduire logiquement à l'élimination des différences qui existent entre l'obligation de l'art. 301 et le devoir alimentaire de l'art. 212, quant à la date du besoin et aux conventions conclues entre époux sur le principe ou la quotité de la pension. D'une part, en effet, il importe que le conjoint offensé puisse comme l'époux séparé de corps, invoquer son droit aux aliments, quels que soient les circonstances et le moment où il tombe dans la gêne, puisque si le divorce n'était pas intervenu, son ex-conjoint eût été tenu à toute époque, de lui fournir des secours ; de même, une augmentation de pension ne saurait lui être refusée, sous le prétexte qu'il n'établit pas une relation directe de cause à effet, entre le divorce et les besoins allégués. D'autre part, toutes les transactions et renonciations qui peuvent intervenir entre époux, sur la pension après divorce, doivent être prohibées comme contraires à l'ordre public, car il suffit à notre sens, que dans l'obligation de l'art. 301, se mêle à un fondement indemnitaire, un objet alimentaire, pour qu'elle échappe au pouvoir de disposition des parties, et qu'il soit interdit, tant au créancier qu'au débiteur, d'en détruire l'existence ou d'en modifier les effets par convention. Et il nous semble, au vu de l'évolution déjà accomplie et des progrès souhaitables, qu'il serait intéressant, afin d'éviter tout retour en arrière, de compléter l'art. 301 et d'y insérer à cet effet, quelques dispositions mettant bien en évidence les principes nouveaux qui tendent à s'implanter dans la jurisprudence, et dont une fixation lé-

gislative assurerait définitivement l'application. Nous proposerions en conséquence la rédaction suivante :

« Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés au profit de l'époux qui a obtenu le divorce, ne paraissent pas suffisants pour assurer sa subsistance, le tribunal pourra, soit par le jugement qui prononce le divorce, soit par une décision postérieure, lui accorder sur les biens de l'époux coupable, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus du débiteur. Cette pension aura pour objet d'indemniser l'époux innocent, de la perte du droit de secours qu'il tenait du mariage, et sera pour le surplus, susceptible d'augmentation, réductible ou révocable suivant le droit commun des créances d'aliments (1). »

En ce qui concerne la séparation de corps d'autre part, le laconisme du Code civil qui a été la source de nombreuses difficultés jurisprudentielles, nous semble particulièrement regrettable au sujet de l'obligation alimentaire entre époux, après suppression de la vie commune. Il est à peu près certain qu'une affirmation de principe sur ce point, eût mis obstacle à l'extension, que juridiquement on ne saurait trop regretter, de l'art. 301 à la séparation de corps.

Les rédacteurs du Code civil ont sans doute pensé, qu'une telle précision était inutile, et que la différence intrinsèque qui existe entre le divorce et la séparation de corps, suffirait à écarter toute confusion, mais c'est sciemment que l'assimilation des deux dettes alimentaires a été réalisée, et il ne faut pas compter sur les tribunaux, pour réagir contre cette habitude consacrée par une longue pratique jurisprudentielle. L'élaboration d'un texte précis présenterait seule quelque efficacité, et il suffirait d'ajouter à l'art. 311 relatif aux effets de la séparation de corps, un alinéa 2 ainsi conçu :

(1) V. Parmentier Henry, Des aliments entre époux en droit français et en droit comparé. Thèse, Paris 1901, la modification proposée sur l'art. 301, C.civ. p.301.

« Lorsque le tribunal aura prononcé la séparation de corps, il aura la faculté d'accorder à celui des époux qui se trouve dans le besoin, à quelque moment que ce besoin se manifeste, une pension alimentaire fondée sur l'art. 212 du présent Code et le devoir réciproque de secours que l'époux, même coupable, continue à pouvoir invoquer. Cette pension sera révocable ou réductible dans les termes du droit commun (2). »

Les seules différences qui nous semblent justifiables, sont donc relatives à la non-réciprocité de la pension après divorce, sa limitation au tiers des revenus de l'époux coupable, sa transmissibilité passive aux héritiers du débiteur, et sa disparition éventuelle au remariage de l'époux créancier. Qu'on n'objecte pas que la nature juridique essentiellement différente du divorce et de la séparation de corps, doit s'opposer à l'assimilation, que nous souhaitons voir se réaliser sur tous les autres points. L'évolution de la jurisprudence qui, partant de la notion d'indemnité a abouti à la reconnaissance du caractère alimentaire de l'obligation de l'art. 301, nous paraît juridiquement juste. Que l'époux séparé de corps conserve avec sa qualité d'époux, l'un des droits les plus précieux auxquels le lien matrimonial ait donné naissance, nul ne songe à le contester. Mais le sentiment moral se révolte contre l'idée que l'obligation solennellement contractée par les époux, de se secourir, puisse

(2) V. Durrieux, Du divorce et de la séparation de corps, p.302, l'art. 36, titre IV, de son projet de loi sur la séparation de corps : « Si après le partage ou la liquidation de la communauté, les moyens personnels de l'un des époux ne sont pas suffisants pour assurer sa subsistance, le tribunal pourra lui accorder une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de l'autre ; mais elle pourra s'élever jusqu'à la moitié des revenus de l'époux contre lequel la séparation aura été prononcée. Cette pension sera révocable ou réductible dans le cas prévu par l'art. 209 du Code civil. » Cf. Parmentier. Thèse précitée, p. 300.

somber irrévocablement dans le divorce, ou se résoudre en une éventuelle et banale indemnité pécuniaire. Il exige que l'époux innocent voie revivre à son profit, un droit alimentaire, identique à celui dont il a été privé sans sa faute.

*
* *

Vu : Le Doyen,

G. RIIERT.

Vu : Le Président,

J. HAMEL.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,

Roussy.

BIBLIOGRAPHIE

I. — *Ouvrages de Doctrine*

- ACCARIAS. — Précis de droit romain ; tomes 1 et 2, 1886-1891.
- ALLEMAND. — Traité du mariage et de ses effets ; tome 2, 1846-1847.
- ARNTZ. — Droit civil français tome 1, 1860-1863.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil ; tomes 5, 6, 7, 1897-1922.
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — Traité théorique et pratique de droit civil, 3^e édit. 1907-1908 ; tome 4, Des Personnes.
- BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. — 3^e édit. 1907-1908 ; tome 3, Des Personnes.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, 1899.
- BEQUIGNON (Odette). — Des sanctions civiles en cas de divorce (art.301-1382). Thèse, Caen 1928.
- BEUDANT. — Cours de droit civil français ; tomes 1 et 2, 1896-1900.
- CARPENTIER. — Traité théorique et pratique du divorce, 1885. La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce, 1888.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français. tome 1 ; 4^e édit. 1923.
- COLLET. — L'obligation alimentaire entre époux divorcés. Thèse, Paris 1919.
- CONSTANT. — Code du divorce, 1885.
- COULON. — Le divorce et la séparation de corps ; tomes 1 et 5, 1890.
— Manuel formulaire du divorce et de la séparation de corps, 1891.
- CURET. — Code du divorce et de la séparation de corps, 1887.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de droit civil ; tomes 1 et 2, 1881.
- DEMOGUE. — Traité des obligations ; tome 4, 1923-1925.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code civil ; tome 4, Du mariage et de la séparation de corps, 1845-1882.
— Traité du divorce, 1896.

- DENISART. — Collection de décisions, 1771.
- DURANTON. — Du divorce et de la séparation de corps depuis leur origine jusqu'à nos jours, 1881.
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tomes 1, 2, 9, 1827.
- FERRIÈRE. — Dictionnaire de droit, 1779.
- FORGUES (Camille). — Théorie générale de l'obligation alimentaire. Thèse, Paris 1902.
- FREMONT. — Traité du divorce, 1884.
- GERVÉSIÉ (Pierre). — Pension alimentaire après divorce. Thèse, Lyon 1928.
- GLASSON. — Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe, 1880.
- GODART. — Le divorce et la séparation de corps étudiés au point de vue des intérêts pécuniaires des époux, 1928.
- GOIRAND. — Traité pratique du divorce, 1886.
- GUIGNOT. — Instructions pratiques sur le divorce, 1884.
- HITIER. — Le développement de la jurisprudence en matière de divorce, 1895.
- HUC. — Commentaire théorique et pratique de droit civil ; tome 2, 1892.
- LAFONT (Maurice). — Du devoir de secours entre époux. Thèse, Paris 1913.
- LAPEYRÈRE. — Décisions sommaires du Palais, 1675.
- LAURENT. — Principes de droit civil ; tome 3, 1876-1878.
- LAURENT-BAILLY. — Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger.
- LEHR. — Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés, 1899.
- LE SENNE. — Traité de la séparation de corps, 1879.
- LOGRÉ. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France ; tomes 1, 5, 1827-1832.
- MALEVILLE (DE). — Analyse raisonnée de la discussion du Code civil ; tome 1, 1805.
- MASSOL. — De la séparation de corps et de ses effets quant aux personnes et quant aux biens, 1841.
- MIRAT (Jean). — L'obligation alimentaire entre époux en cas de divorce. Thèse, Paris 1930.
- MOURLON et DEMANGEAT. — Code civil, 1896.
- PAPON. — Recueil d'arrêts notables des Cours souveraines de France, 1566.

- PARMENTIER (Henry). — Des aliments entre époux en droit français et en droit comparé. Thèse, Paris 1901.
- PIÉRARD. — Divorce et séparation de corps ; tome 2, 1928.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil ; tomes 1 et 2, 1932.
- PLANIOL, RIPERT et ROUAST. — Traité pratique de droit civil français, tome 2, La Famille, 1926 ; tome 4, Successions, 1928.
- POULLE. — Le divorce et les lois des 27 juillet 1884 et 18 avril 1886 ; 1887.
- RICHARD-PRASSINOS. — Le divorce et la séparation de corps en droit comparé, 1928.
- TOULLIER. — Le droit civil français ; tome 1, 2, 1824.
- VRAÏE et GODE. — Le divorce et la séparation de corps ; tome 2, 1887.
- ZACHARIAE. — Le droit civil français ; tome 1, 1854.

II. — *Notes de Jurisprudence*

- AUDINET (André). — S. 1928.1.185.
- AUDINET (Eugène). — S. 1923.1.353.
- CAPITANT. — D. 1922.1.153.
- CÉZAR-BRU. — D. 1898.2.106.
- COHENDY. — D. 1893.2.218.
- COSTES (Maurice). — S. 1936.2.201.
- Conseiller DAGALLIER. — Rapport S. 1873.1.337.
- Conseiller DENIS. — Rapport D. 1893.1.126 ; D. 1904.1.38.
- DEVILLENEUVE. — S. 1853.1.609.
- Conseiller DURAND. — Rapport D. 1904.1.293.
- DUTRUC. — S. 1861.1.410.
- ESMEIN. — S. 1934.1.377.
- GAUDEMET. — S. 1912.1.314. — Revue trimestrielle de droit civil, 1909, 1913, 1921, 1927.
- HOUEL. — Gaz. Trib. 26 février 1928.
- HUGUENY. — Revue pénitentiaire, janvier-avril 1927.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — Revue trimestrielle de droit civil, 1908.
- LÁBBÉ. — S. 1893.1.225.
- LEVILLAIN. — D. 1905.2.282.
- DE LOYNES. — D. 1908.2.297 ; D. 1911.1.25.
- LYON-CAEN. — S. 1903.1.113.

Conseiller MANAU. — Rapport, S. 1888.1.433.

MASSIGLI. — Revue critique de législation et de jurisprudence, 1884, 1885, 1886, 1894.

MICHEL. — D. 1897.1.553.

MINVIELLE. — S. 1922.2.65.

NAQUET. — S. 1905.1.9.

NAST. — D. 1926.2.97 ; D. 1926.1.149 ; D. 1933.1.80 ; D. 1939.2.1.
Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement,
15 janvier 1930

PERREAU. — Revue critique de législation et de jurisprudence, 1909.

PIÉDELIÈVRE. — Revue Algérienne, 1886.

PLANIOL. — D. 1903.1.593 ; Revue critique de législation et de jurisprudence, 1887-1889.

RIPERT. — D. 1928.1.5 ; Chronique, D.H. 1927.53 ; Chronique de la Semaine juridique, 1928.

ROUAST. — D. 1927.1.101 ; Revue critique de législation et de jurisprudence, 1925-1928.

SAVATIER. — D. 1936.1.109.

VALÉRY. — D. 1902.2.25.

VANDAMME. — D. 1938.1.37.

WAHL. — S. 1905.2.57 ; Revue trimestrielle de droit civil, 1909.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
I. <i>Considérations générales</i>	8
II. <i>Notions historiques</i>	18

P R E M I È R E P A R T I E

COMPARAISON ENTRE LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PENSION ALIMENTAIRE APRÈS DIVORCE ET LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PENSION ALIMENTAIRE APRÈS SÉPARATION DE CORPS

A. — RECHERCHE DU FONDEMENT JURIDIQUE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX APRÈS DIVORCE	37
CHAPITRE PREMIER. — <i>Théorie de la pension-secours et du fonde- ment alimentaire de l'obligation de l'article 301</i>	41
<i>Section</i> I. — Ses partisans	42
<i>Section</i> II. — Sa justification	44
<i>Section</i> III. — Ses conséquences	47
<i>Section</i> IV. — Critique de la théorie de la pension-secours	58
<i>Section</i> V. — Le devoir de secours pendant l'instance en divorce. Caractère alimentaire de la provision de l'ar- ticle 238	61

CHAPITRE II. — <i>Théorie de la pension-indemnité et du fondement indemnitaire de l'obligation de l'article 301</i>	66
Section I. — Ses partisans	66
§ 1. La doctrine	66
§ 2. La jurisprudence	68
Section II. — Sa justification.	70
Section III. — Ses conséquences	76
Section IV. — Critique de la théorie de la pension-indemnité	82
Section V. — Pension pendant la liquidation de la commu-	
nauté	84
CHAPITRE III. — <i>Notion juridique exacte de l'obligation alimen-</i>	
<i>taire entre époux après divorce. La théorie de l'indemnité ali-</i>	
<i>mentaire</i>	87
Section I. — Ses partisans	88
§ 1. La doctrine contemporaine	88
§ 2. La jurisprudence. Son évolution récente	90
Section II. — Sa justification	92
§ 1. Fondement indemnitaire. L'art. 301 se rattache à	
l'art. 1382	92
§ 2. Forme alimentaire. L'art. 301 se rattache à l'art. 212	
	93
Section III. — Ses conséquences.	94
Section IV. — Valeur juridique de la théorie de l'indemnité	
alimentaire	98
B. — DE L'IMPOSSIBILITÉ DE RECONNAÎTRE UN FONDEMENT JURIDIQUE	
SEMBLABLE A L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE ÉPOUX APRÈS	
SÉPARATION DE CORPS	101
CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'application de l'article 301 à la sépa-</i>	
<i>ration de corps</i>	103
Section I. — La jurisprudence	103
Section II. — Critique de l'extension de la pension alimen-	
taire après divorce à la séparation de corps	107
CHAPITRE II. — <i>Fondement juridique exact de l'obligation ali-</i>	
<i>mentaire entre époux après séparation de corps. Maintien du</i>	
<i>devoir de secours de l'article 212 C. civ.</i>	113

<i>Section I. — Sa justification</i>	113
<i>Section II. — Ses partisans</i>	115
§ 1. La doctrine	115
§ 2. La jurisprudence	118
<i>Section III. — Intérêts du maintien du devoir de secours entre époux séparés de corps</i>	119

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE COMPARATIVE ENVISAGÉE QUANT AUX DIFFÉRENCES DÉCOULANT DES FONDEMENTS JURIDIQUES RESPECTIFS DE LA PENSION ALIMENTAIRE APRÈS DIVORCE ET DE LA PENSION ALIMENTAIRE APRÈS SÉPARATION DE CORPS

A. — LES CONDITIONS D'OBTENTION D'UNE PENSION ALIMENTAIRE	125
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'époux créancier de la pension</i>	127
<i>Section I. — L'époux bénéficiaire du divorce. Non-réciprocité de la pension de l'art. 301</i>	127
<i>Section II. — Les deux époux séparés de corps. Réciprocité du devoir de secours de l'art. 212</i>	129
CHAPITRE II. — <i>L'existence du besoin</i>	131
<i>Section I. — L'insuffisance des revenus de l'époux divorcé innocent</i>	131
<i>Section II. — Le besoin de l'époux séparé de corps</i>	133
CHAPITRE III. — <i>La demande en justice</i>	139
<i>Section I. — La demande en justice de l'époux divorcé</i>	139
§ 1. Allocation d'une pension alimentaire par le jugement de divorce	139
§ 2. Allocation d'une pension par jugement postérieur au divorce	140
§ 3. Conditions requises pour la recevabilité d'une demande postérieure au divorce	143

Section II. — La demande en justice de l'époux séparé de corps	153
CHAPITRE IV. — <i>Du sort de la pension alimentaire en cas de conversion de la séparation de corps en divorce</i>	155
Section I. — <i>La jurisprudence avant la loi du 6 juin 1908</i>	156
§ 1. Le jugement de séparation de corps n'avait pas statué sur la pension	156
§ 2. Le jugement de séparation de corps avait statué sur la pension	157
§ 3. La pension avait été accordée par un jugement postérieur à la séparation de corps	160
Section II. — <i>La loi du 6 juin 1908. Portée de la réforme</i>	160
§ 1. Le jugement de séparation de corps n'a pas alloué de pension	164
§ 2. Le jugement de séparation de corps a alloué une pension	164
§ 3. La pension a été accordée par un jugement postérieur à la séparation de corps	167
§ 4. Le montant de la pension après conversion	168
B. — LE MONTANT DE LA PENSION ALIMENTAIRE	171
CHAPITRE PREMIER. — <i>Fixation judiciaire de la pension</i>	171
Section I. — <i>Fixation judiciaire de la pension après divorce</i>	171
§ 1. Les besoins de l'époux créancier	171
§ 2. Les facultés de l'époux débiteur	172
§ 3. Le pouvoir souverain du juge	175
Section II. — <i>Fixation judiciaire de la pension après séparation de corps</i>	177
§ 1. Proportionnalité. Application de l'article 208 C.civ.	177
§ 2. Absence de limitation légale	180
CHAPITRE. II. — <i>Variabilité de la pension</i>	183
Section I. — <i>Variabilité de la pension après divorce</i>	183
§ 1. Augmentation	185
§ 2. Diminution	188
§ 3. Révocation	189

Section II. — Variabilité de la pension après séparation de corps .Application de l'article 209 C.civ.	190
CHAPITRE III. — <i>Fixation conventionnelle. Transaction</i>	193
Section I. — Validité d'une fixation conventionnelle de la pension après divorce	193
Section II. — Nullité d'une fixation conventionnelle de la pension après séparation de corps	199
C. — OBSERVATIONS SUR LES GARANTIES DE LA PENSION ALIMENTAIRE	204
D. — LES CAUSES D'EXTINCTION DE LA PENSION ALIMENTAIRE.....	208
CHAPITRE PREMIER. — <i>La renonciation de l'époux créancier</i>	209
Section I. — Validité de la renonciation de l'époux divorcé	209
Section II. — Nullité de la renonciation de l'époux séparé de corps	214
CHAPITRE II. — <i>Le nouveau mariage après divorce de l'époux créancier</i>	219
CHAPITRE III. — <i>La réconciliation des époux séparés de corps</i>	225
CHAPITRE IV. — <i>Le décès du créancier et du débiteur</i>	227
Section I. — Intransmissibilité active et transmissibilité passive de la pension après divorce.....	227
Section II. — Intransmissibilité active et intransmissibilité passive de la pension après séparation de corps.....	234

APPENDICE

<i>Notions de droit comparé</i>	241
Allemagne	242
Hongrie	247
Belgique	247
Angleterre	248

Ecosse	250
Etats-Unis	251
Luxembourg	252
Principauté de Monaco	253
Pays-Bas	253
CONCLUSION	255
BIBLIOGRAPHIE	261

